Die Ansprüche des Pfändungspfandgläubigers nach § 1227 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Benno Eide Siebs

Referendar aus Geestemünde.

1914

Weserdruckerei m. b. H., Geestemünde.

Die Ansprüche des Pfändungspfandgläubigers nach § 1227 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der Juristen-Fakultät der Universität Rostock

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt

von

Benno Eide Siebs

Referendar aus Geestemünde.

Referenten:

Professor Dr. Wachenfeld

und

Professor Dr. Wüstendörfer.

Meinen Eltern!

Disposition.

Seite

Vorbemerkung 1

A. Der Anspruch auf Herausgabe (§§ 985—1003 BGB) . . . 3

I. Die Sachlegitimation 3

a) Die Aktivlegitimation 3

b) Die Passivlegitimation 6

II. Der Inhalt der Klage 6

a) Der Klageantrag 6

(hierunter: Die Besitzverhältnisse an der Pfandsache . . . . . 6—12

b) Das Streitobjekt 15

c) Die Nebenansprüche 17

1. Die Nutzungen 17

2. Die Schadensersatzansprüche 19

aa) Die Höhe des Anspruchs 19

bb) Die Rechtsverhältnisse am geleisteten Schadensersatz 21

III. Die Verteidigung des Beklagten 21

a) Die Verwendungsansprüche 24

1. Der Anspruch und Umfang desselben . . . 24

2. Das Wegnahmerecht 27

3. Die Mittel der Geltendmachung 27

b) Die Einrede des Besitzrechts 28

c) Das Befriedigungsrecht 34

d) Der Einwand aus § 777 ZPO. 36

B. Die Störungsklage (§ 1004 BGB) 38

C. Der Abholungsanspruch (§ 1005 BGB, § 962 BGB) . . . 39

D. Die Klage aus früherem Besitz (§ 1007 BGB) 40

I. Der Anspruch 40

II. Die Verteidigung des Beklagten 43

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553613_0120

Literaturverzeichnis.

Angewandt ist die vom 27. Deutschen Juristentag vorgeschlagene Zitierweise.

1. Kommentare, Lehrbücher, Monographien, Aufsätze.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des BGB.
in: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 42, S. 645—683.

Biermann, J. Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Auflage. Berlin 1898.

Brettner, Ueber die Rechtsfolgen doppelter Pfändung derselben Gegenstände. Zur Auslegung des letzten Satzes im Abs. 2 des § 712 ZPO.
in: Juristische Wochenschrift 1884. S. 221 f.

Breuer, R. Das Vermieterpfandrecht in Konkurrenz mit dem Pfändungspfandrechte. Leipziger Dissertation 1906.

Buhl, H. Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1901.

Bunsen, Fr. Die Lehre von der Zwangsvollstreckung. Wismar 1885.

Bunsen, Zur Lehre von den nicht getrennten Erzeugnissen. in Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 29, S. 11—45.

Cosack, K. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 3. Auflage. Jena 1901.

Crome, C. System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. Tübingen 1905.

Dernburg, H. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 4. Auflage. Halle a. S. 1908.

Dernburg, H. Pandekten. Bd. 1. 5. Auflage. Berlin 1896.

Düringer, A. und Hachenburg, M. Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 2. Auflage. Mannheim und Leipzig 1910.

Emmerich, H. Pfandrechtskonkurrenzen. Berlin 1909.

Endemann, F. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Bd. 1. Teil (Sachenrecht). 3. und 4. Auflage. Berlin 1898.

Förster, F. und Eccius, M. E. Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Bd. 2 und 3. 5. Auflage. Berlin 1887.

Freund, R. Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruches.
in: Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von R. Leonhard. 7. Heft. Breslau 1902.

Gierke, O. Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. Jena 1897.

Glasenapp, von. Die Begründung der Interventionsklage auf Herausgabe abgepfändeter Mobilien.
in: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, herausgegeben von Rassow und Küntzel. Bd. 24. S. 245—297.

Hein, G. Vermieterpfandrecht und Pfändungspfandrecht. Haller Dissertation. 1912.

Hellwig, K. Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen nach gemeinem Recht und der Reichs-Zivilprozeß-Ordnung. Leipzig 1883.

Jacobi, E. Die Rechte des Sondernachfolgers in die Rechte aus dem Urteil auf Herausgabe der vollstreckbaren Urteilsausfertigung.
in: Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß. Bd. 25. S. 447—481.

Kahn, Fr. Die Natur der Interventionsklage nach der ZPO. und deren Anwendung auf die Mobiliar-Exekution im Gebiete des französischen Rechts.
in: Archiv für die Civilistische Praxis. Bd. 70. S. 409—442.

Kleinfeller, G. Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. Berlin 1905.

Kroschel. Ueber den Einfluß der Beseitung der Pfändungszeichen auf das Pfändungspfandrecht.
in: Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß. Bd. 12. S. 479—489.

Lüdicke, C. Die obligatorischen Verpflichtungen in Beziehung auf das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipziger Dissertation 1906.

Müller, W. A. Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. Berlin 1907.

Nessel. Der Interventionsprozeß in der Zwangsvollstreckungsinstanz im Geltungsbereiche des preußischen Allgemeinen Landrechts.
in: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 28. S. 83—179.

Neuburger, P. Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs. Würzburger Dissersation 1904.

Neukamp, E. Handkommentar zur Civilprozeßordnung. III. Teil. Göttingen 1900.

Neumann, H. Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Bd. (1.—3. Buch). Berlin 1909.

Pagenstecher, M. Ist das Pfändungspfandrecht ein akzessorisches Recht?
in: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 50. S. 274—300.

Petersen, I. und Anger, E. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Bd. 4. Auflage. Lahr 1901.

Petrażycki, L. v. Die Lehre vom Einkommen. 1. Bd. Berlin 1893.

Plank, G. Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. 1. u. 2. Auflage. Berlin 1900. Bd. 3. 1. u. 2. Auflage. Berlin 1902.

Püschel, W. Die Pfandklage des Bürgerlichen Gesetzbuches. Göttinger Dissertation 1903.

Rassow, K. und Hellwig. Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen nach gemeinem Recht und der Reichs-Civilprozeßordnung.
in: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 29. S. 127—139.

Rieger, M. Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Tübinger Dissertation 1901.

Rosendahl, H. Inwieweit finden die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Vertragspfandrecht Anwendung auf das Pfändungspfandrecht der Civilprozeßordnung, insbesondere ist auch das Pfändungspfandrecht ein akzessorisches Recht? Heidelberger Dissertation 1910.

Schlegelberger, Fr. Das Zurückbehaltungsrecht. Jena 1905.

Schmidt, R. Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Auflage. Leipzig 1910.

Schultz, E. Die Pfandansprüche nach § 1227 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
in: Rostocker Rechtswissenschaftliche Studien. Bd. I. 4. Heft. Leipzig 1903.

Seuffert, L. v. Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 1 und 2. 11. Auflage. München 1910/11.

Siber, H. Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirts. Jena 1900.

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2, 1. Auflage und Bd. 3, 7—8. Auflage. München und Berlin 1912.

Stein, Fr. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 2, 4. Auflage. Tübingen und Leipzig 1902.

Stolzenberg, F. Das Ablösungsrecht des § 268 BGB., insbesondere in seinem Verhältnisse zur gewöhnlichen Zahlung fremder Schulden. Erlanger Dissertation 1903.

Strohal. Der Sachbesitz nach dem BGB.
in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und Deutschen Privatrechts, herausgegeben von R. v. Ihering. Bd. 38, S. 1, ff.

Struckmann, I. u. Koch, R. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Bd., 8. Auflage. Berlin 1901.

Tuhr, A. v. Die Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
in: Deutsche Juristenzeitung 1899. S. 350—354.

Vogt, K. Die Besitzverhältnisse an einer gepfändeten Sache. Rostocker Dissertation 1903.

Voss. Ueber die civilrechtliche Natur der Ansprüche Dritter in der Executionsinstanz.
in: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 23, S. 232—286.

Weigelin, E. Pfändungspfandrecht an Forderungen nach heutigem Deutschen Recht. Stuttgart.

Weismann, J. Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes. Bd. 2. Stuttgart 1905.

Weißbart, J. Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 des bürgerlichen Gesetzbuches. Würzburger Dissertation. 1899.

Wendt. Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches.
in: Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 87, S. 40—76.

Windscheid, B. Lehrbuch des Pandektenrechts. (Von Th. Kipp). Bd. 1, 9. Auflage. Frankfurt a. Main 1906.

Wongrowitz, S. Pfändungspfandrecht und Vertragspfandrecht. Breslauer Dissertation 1911.

Wunderlich, G. Die rechtliche Stellung von Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner beim Fahrnispfande nach deutschem, bürgerlichem Rechte. Leipziger Dissertation 1906.

Wurzer. Pfändungspfandrecht an Früchten, bei denen die Pfändung nicht ersichtlich gemacht ist.
in: Das Recht. Bd. 15, S. 828—830.

II. Gerichtsentscheidungen.

RGZ. Bd. 9, Nr. 122, S. 242—430, 10. März 1883.
„ Bd. 13, Nr. 86, S. 343—345, 30. Oktober 1884.
„ Bd. 14, Nr. 102, S. 358—365, 10. Juni 1885.
„ Bd. 16, Nr. 99, S. 396—409, 10. Juni 1886.

RGZ. Bd. 25, Nr. 37, S. 182—188, 15. Juni 1889.
„ Bd. 35, Nr. 83, S. 333—340, 14. Dez. 1894.
„ Bd. 51, Nr. 54, S. 186—193, 14. April 1902.
„ Bd. 54, Nr. 21, S. 68—73, 24. Februar 1903.
RGSt. Bd. 18, Nr. 43, S. 163—167, 25. Oktober 1888.
„ Bd. 25, Nr. 36, S. 108—111, 6. Februar 1894.
Gruchots Beitr. Bd. 44, Nr. 8, S. 182—188, RG. v. 23. November 1898.
„ „ Bd. 44, Beilagsheft Nr. 146, S. 1203, RG. vom 21. September 1899.
JW. Bd. 1897, S. 134 f. RG. v. 26. Januar 1897.
JW. Bd. 1900, S. 650 f. RG. v. 3. Juli 1900.
Seuff. A. Bd. 39, Nr. 177, S. 255, RG. v. 11. Dez. 1909,
„ „ Bd. 65, Nr. 202, S. 380—382, RG. v. 10. Dezember 1909.
„ „ Bd. 40, Nr. 329, S. 471—473, OLG. Karlsruhe v. 3. Dezember 1884.
OLG. Bd. 3, Nr. 4e, S. 10f. Hamburg v. 10. Mai 1901.
„ Bd. 4, Nr. 73b, S. 329—332, Dresden vom 24. Februar 1902.
„ Bd. 9, Nr. 11k, B. 119—121, KG. v. 20. Febr. 1906.
„ Bd. 15, Nr. 16i, S. 393f. Karlsruhe v. 27. Oktober 1906.
Naumb. A. K. Bd. 1901, S. 20f. LG. Stendel v. 15. Dez, 1900,
D. Ger. Voll. Z. Bd. 27, S. 148. AG. Lahr (undatiert 1907).

III. Materialien.

Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung, herausgegeben v. C. Hahn, I. Abteilung, Berlin 1880.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 3 (Sachenrecht). Amtl. Ausgabe, Guttentag, Berlin 1888.

Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches. Amtl. Ausgabe, Guttentag, Berlin 1897.

Materialien zum Gesetz betr. Aenderungen der Civilprozeßordnung etc., herausgegeben von B. Mugdan, Berlin 1898.

Zu den Materien der Rechtswissenschaft, deren Wesen Gegenstand der größten Meinungsverschiedenheiten ist, gehört das Pfändungspfandrecht, das pignus in causa iudicati captum. Bestritten sind vor allem die Besitzverhältnisse nach erfolgter Pfändung; die Entscheidung dieser Frage aber ist, wie unten festgestellt werden wird, davon abhängig, ob das Rechtsverhältnis zwischen Gläubigern und Gerichtsvollzieher ein Auftrag im Sinne des BGB. ist und ob letzterer Stellvertreter des Gläubigers ist. Infolgedessen ist auch die aufs engste hiermit zusammenhängende Frage nach dem Rechtsschutz des Pfändungspfandgläubigers nicht unbestritten.

Die Zu- resp. Aberkennung der Besitzschutzmittel (§ 858 ff. BGB.), aber auch der im folgenden wegen ihrer Stellung unter den Ansprüchen aus dem Eigentum ebenfalls zu behandelnden Ansprüche aus § 1007 BGB. an den Pfändungspfandgläubiger hängt davon ab, wie wir die erwähnte Streitfrage entscheiden. Die Frage, ob dem Pfändungspfandgläubiger die übrigen Rechtsschutzmittel, also vor allem die Klagen aus §§ 985, 1004 und 1005 BGB. zustehen, davon, wie § 804 ZPO. zu interpretieren ist. Hingegen stehen ganz fraglos dem Pfändungspfandgläubiger genau wie jedem vertragsmäßigen Pfandgläubiger die Klagen aus unerlaubter Handlung (§§ 823, 826 BGB.) und ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) zu.

Nur die Ansprüche aus § 1227 BGB. als die wichtigsten sollen hier behandelt werden.

„Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande. Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht; es geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleich gestellt sind", so sagt § 804 Abs. 1 und 2 ZPO.

Eine solche Pfändung erfolgt nicht nur bei Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in Sachen (§ 808 ZPO.), ausgenommen Geld (cf. unter S. 17), sondern auch in Forderungen und andere Vermögensrechte; im Fall des § 847 ZPO. (vergl. auch § 854 ZPO.) entsteht mit der Wegnahme einer beweglichen Sache durch den Gerichtsvollzieher oder mit freiwilliger

Herausgabe an ihn ein Pfändungspfandrecht[1]) für den Gläubiger, nicht aber schon Eigentum, wie Hellwig[2]) meint. § 846 ZPO. bestimmt nämlich: „Die Zwangsvollstreckung in Ansprüche, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstande haben, erfolgt nach den Vorschriften der §§ 829 bis 845 ZPO. (d. h. über Pfändung einer Geldforderung) . . ." An der herausgegebenen resp. geleisteten beweglichen Sache (nicht aber an Geld) entsteht also ein Pfändungspfandrecht, das dem Gläubiger die Pfandklage gewährt. Nicht zu verwechseln mit diesem Pfändungspfandrecht ist das dingliche Recht, das z. B. an den nach § 836 Abs. 3 ZPO. übergebenen Urkunden entsteht oder mit dem Unterpfandrecht des § 838 ZPO. (vergl. auch § 1251 BGB.).[3])

Die Bedeutung des § 804 Abs. 1 und 2 ZPO. ist zwar keineswegs unbestritten, doch sind die zitierten Worte nach der herrschenden Meinung[4]) so auszulegen: Das Pfändungspfandrecht gewährt dieselben Rechte wie das durch Vertrag begründete Pfandrecht, soweit aber die Vorschriften der ZPO. oder das Wesen des Pfändungspfandrechtes entgegenstehen, finden die Vorschriften des BGB. keine Anwendung. Fraglos hat sich das Gesetz nicht besonders glücklich ausgedrückt, wenn es sagt: „Das Pfandrecht gewährt im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte", denn bei näherer Untersuchung stellt sich heraus, daß eine Scheidung der Rechtsverhältnisse zu anderen Gläubigern von den Rechtsverhältnissen im Verhältnis zu Dritten schwierig, wenn nicht undurchführbar ist. Das Gesetz will offenbar nur andeuten, daß die Anwendung hauptsächlich im Verhältnis zu anderen Gläubigern, aber nicht zum Schuldner in Frage kommt. Dafür spricht auch der Umstand, daß einzelne Materien, wie Untergang des Pfändungspfandrechts, Schutz des Gläubigers bei Beeinträchtigung seiner Rechte, in der ZPO. nicht geregelt sind. Diese Notlage berechtigt zur analogen Anwendung der Vorschriften des BGB. Die Prozeßordnung will nur über das Verfahren und seine Formen Vorschriften geben, nicht aber über derartige materiell-rechtliche Seiten des Pfändungspfandrechts.[5]) Diese Ansicht wird übrigens auch von den BGB.-Motiven[6]) vertreten, wenn sie sagen: „Bei der inneren Verschiedenheit des zur Begründung verlangten Tatbestandes wird eine aushilfsweise Heranziehung der Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Begründung kaum in einem

---

[1]) Rassow in Gruchots Beitr. Bd. 29 S. 133–136, Struckmann-Koch § 847, 1 S. 253, Weigelin S. 37, RGZ. Bd. 13 S. 343. 25. S. 187.
[2]) Hellwig S. 199—202.
[3]) Weigelin S. 77-79.
[4]) cf. LIT. unten.
[5]) RGST. Bd. 18 S. 163 ff.
[6]) BGB. — Mot. S. 797.

punkte gerechtfertigt sein. Anders liegt die Sache, was den Inhalt des Pfandrechts betrifft; doch bleibt auch hier im einzelnen zu prüfen, inwieweit die Prozeßgesetze für die Anwendung der Vorschriften des Entwurfes Raum lassen." Fast die gesamte Literatur[1]) steht auf dem von uns vertretenen Standpunkt. Einige wollen die Rechte „im Verhältnis zu anderen Gläubigern" analog im Verhältnis zu Dritten geben. Nur Emmerich[2]) will die Regeln des BGB. nicht analog anwenden, sondern meint, daß man „aus den allgemeinen Regeln über den Besitz und die Pfändungspfandrechte und aus der allgemeinen Stellung der Parteien bei der Pfändung die Art der Besitzverhältnisse und Besitzrechtsverhältnisse" feststellen müsse. Er kommt also auch zu demselben Resultat wie wir.

„Wird das Recht des Pfändungspfandgläubigers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Pfändungspfandgläubigers die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung", so lautet in entsprechender Anwendung § 1227 BGB.

Da er auf die §§ 985 bis 1007 BGB. verweist, werden wir zu prüfen haben, wie weit diese Schutzmittel durch die ZPO. zugelassen resp. modifiziert werden. Oberster Leitsatz, gegen den nicht verstoßen werden darf, muß bei der Uebertragung der Vorschriften über das Eigentum und Vertragspfandrecht auf das Pfändungspfandrecht sein, daß der gepfändete Gegenstand jeder Handlung des Schuldners entzogen ist, die die Befriedigung des Gläubigers beeinträchtigt. Anwendbar sind aber natürlich alle Bestimmungen, die eine Beeinträchtigung des besagten Zwecks durch Dritte enthalten.

A. Der Anspruch auf Herausgabe.

(§§ 985 bis 1003 BGB.)

„Der Pfändungspfandgläubiger kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen", sagt § 985 BGB. in entsprechender Formulierung.

I. Sachlegitimation.

a) Aktivlegitimation.

Durch § 985 BGB. wird im Gegensatz zu § 1004 BGB. derjenige Eigentümer und Pfandgläubiger geschützt, dessen

[1]) ZPO. Mot. S. 451. Bunsen S. 150. Nessel in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 100 ff. Petersen-Anger § 804, 1 S. 434, Rosendahl S. 43 ff. Schmidt § 145 S. 931, 933, § 146 S. 941, Schultz S. 14 f. Seuffert § 804, 3a S. 490, Voss in Gruchots Beitr. Bd. 23 S. 251 Weigelin S. 27, S. 34 ff. Weismann S. 120 Z 4, Wongrowitz S. 44 ff. Wurzer in „Recht" Bd. 15 S. 828 RG. in Gruchots Beitr. Bd. 44 S. 1200—1203.

[2]) Emmerich S. 527.

Rechte nicht durch einzelne Beeinträchtigungen verletzt werden, sondern durch totale Entziehung einer Sache, zu deren Besitz er berechtigt ist. § 985 BGB. enthält mit anderen Worten die Klage des nichtbesitzenden Berechtigten gegen den besitzenden Nichtberechtigten. Die Aktivlegitimation schließt demnach außer der Berechtigung (Eigentum, Pfandrecht) des Klägers, in sich einerseits Besitzberechtigung (bei ihrem Fehlen läge ja keine „Beeinträchtigung" vor) und anderseits Nichtbesitz des Klägers.

Um die Aktivlegitimation des Pfändungspfandgläubigers festzustellen, brauchen wir nicht notwendig zu untersuchen, ob der Pfändungspfandgläubiger wirklich zum „Besitz" im Sinne des BGB. berechtigt ist, vielmehr ist zur Aktivlegitimation ja nur eine wirkliche Beeinträchtigung durch totale Entziehung einer Sache erforderlich, die immer dann vorliegt, wenn dem Gerichtsvollzieher, dem Schuldner, einem Dritten Gewahrsaminhaber oder dem Gläubiger selbst — die vier Besitzmöglichkeiten nach §§ 808 f, 847 etc. ZPO. — die Sache entzogen wird und in den Besitz eines andern gelangt. Besitzberechtigung im Sinne des BGB. ist hiernach nicht erfordert, sondern nur ein Recht auf Herstellung der Pfandverstrickung, der Gewahrsamverhältnisse nach Maßgabe der §§ 808 f. 847 etc. ZPO.

Die Besitzverhältnisse nach der ZPO. sind ganz anders gestaltet als nach dem BGB. Die verschiedenen Besitzmöglichkeiten der §§ 1205 f. BGB. fallen weg, sie werden ersetzt durch die vier Besitzmöglichkeiten der §§ 808 f, 847 etc. ZPO. Möglich ist beim Pfändungspfandrecht gerade wie beim Vertragspfandrecht Mitbesitz mehrerer Gläubiger. Die Rechte mehrerer Pfändungspfandgläubiger werden nach § 826 ZPO. prinzipiell nur durch e i n e n Gerichtsvollzieher ausgeübt. Die Aktivlegitimation mehrerer Pfändungspfandgläubiger bestimmt sich genau, wie wenn eine Mehrheit von Vertragspfandgläubigern klagt, nach § 1011 BGB.[1])

Wie wir sahen, ist außer der Berechtigung auf Herstellung der Pfandverstrickung erforderlich eine Beeinträchtigung durch totale Entziehung der Sache. Diese liegt vor, wenn der Berechtigte nicht den unmittelbaren Besitz hat. Es kann daher an sich jeder mittelbare Besitzer vom unmittelbaren mit der Klage aus § 985 BGB. die Sache herausverlangen. Bei Pfändung einer im Gewahrsam des Schuldners oder eines Dritten (bei der Pfändung Herausgabe bereiten) befindlichen Sache vermittels Besitzergreifung und Siegelanlegung, wird übrigens aus § 985 BGB. praktisch nie geklagt werden, mag auch der Gläubiger kein unmittelbarer Besitzer sein.

Denn weigert sich der Gewahrsamsinhaber später, die Sache dem Gerichtsvollzieher auszuliefern, wenn dieser zur Versteige-

[1]) Biermann § 1227, 1 c S. 269. Crome § 499 α 2. S. 845, Emmerich S. 183, Planck Bd. 3 § 1227, 1 S. 676, Püschel S. 19, Schultz S. 6.

rung schreiten will, so kann und muß der Gerichtsvollzieher ohne weiteres mit Gewalt und Zwang (cf. z. B. § 758 ZPO.) gegen den Gewahrsamsinhaber vorgehen. Aus den Bestimmungen der §§ 808 f, 847 etc. ZPO. ist zu folgern, daß, wenn der Gerichtsvollzieher bei der Pfändung mit Gewalt gegen den Schuldner vorgehen darf, er dies auch später darf. Setzen doch §§ 814, 847 Abs. 2 ZPO., wonach die gepfändeten Sachen vom Gerichtsvollzieher öffentlich zu versteigern sind, voraus, daß dieser auch nach der Pfändung jederzeit gegen den Schuldner mit Gewalt vorgehen darf. Dasselbe ist in analoger Weise gegen den herausgabebereiten Dritten möglich. Wenn er nach erfolgter Pfändung auch seine Einwilligung widerrufen sollte, so nützt ihm das nichts; durch die einmal erteilte Einwilligung ist der Gerichtsvollzieher befugt, jederzeit mit Gewalt und Zwang gegen den Gewahrsamsinhaber vorzugehen.

Besonders einzugehen ist noch auf den Fall, daß die Pfandsache, die durch Siegelanlegung gepfändet ist, in den Besitz eines Dritten gerät. Es wäre nämlich denkbar, daß da ja sowohl im römischen wie auch im deutschen Recht durch Aufdrücken eines Zeichens Besitz ergriffen wird[1]), dieser fortdauert, solange wie sich das Zeichen an der Sache befindet; daß also solange wie sich ein Siegel an der Sache befindet, auch die Klage aus § 985 BGB. unangebracht ist. Aber dieser Fall ist ebenso zu behandeln, wie der, wo niemals eine Marke an der Pfandsache war, also sich die Sache zunächst im Gewahrsam des Gerichtsvollziehers befunden hat, oder zwar anfangs vorhanden war, sich aber später abgelöst hat, vorausgesetzt im letzteren Fall, daß durch die Ablösung des Siegels das Pfandrecht nicht untergeht, was bestritten ist[2]). Der Zweck der Marke ist die Verlautbarung des Pfändungspfandrechts und nicht die Begründung des Besitzes für den Gläubiger. Wäre letzteres der Fall, so könnte der Gläubiger bei Vorhandensein der Sache im Gewahrsam eines nicht herausgabebereiten Dritten nicht aus §§ 1227 mit 985 BGB. klagen, weil er ja im Besitz ist, aber auch nicht mittels § 809 verb. mit 808 ZPO. vorgehen. Der Erfolg wäre also der, daß er schlechter gestellt wäre, als wenn ihm nicht durch das Siegel unbedingt Besitz vermitteit wird.

Die tatsächlichen Verhältnisse sprechen ja auch dagegen, daß der Gläubiger mittelbarer Besitzer sein sollte, zumal er wohl nur selten in einem rechtsgeschäftlichen Verhältnis zum Besitzer steht und ja auch der Gerichtsvollzieher nicht mit Zwang und Gewalt gegen ihn vorgehen darf.

---

[1]) Bunsen S. 153.

[2]) Siehe hierzu besonders Brettner in JW. Bd. 1884 S. 221 ff. Kroschel in Buschs Z 1888 S. 479 ff. weitere Literaturangaben bei Petersen-Anger § 804, 36 S. 436 Note 5.

b) Passivlegitimation.

Passiv legitimiert ist jeder Besitzer der Sache, auch der mittelbare[1]).

Das geht nicht nur aus der Fassung des Gesetzes hervor, das keinen Unterschied macht zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer, sondern auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes[2]). Auf die Art und Weise der Erlangung des Besitzes kommt nichts an, also insbesondere, ob der Besitz gut- oder böswillig erworben ist. Ob Eigenbesitz oder Fremdbesitz vorliegt, ist ebenfalls gleichgültig. Die bloße Tatsache des Besitzes genügt. Belanglos ist, ob der Besitz entzogen oder vorenthalten wird — trotz § 1004 BGB.[3]) Der fictus possessor des römischen Rechts ist nach dem geltenden Recht nicht passiv legitimiert. Da sich Abweichungen von der Klage des Vertragspfandgläubigers nicht ergeben, kann auf die Ausführungen Püschels und Schultz[4] verwiesen werden. Daß der Gläubiger in praxi nicht nach § 985 BGB. verb. mit § 1227 BGB. gegen den Schuldner und Dritte, die bei der Pfändung herausgabe bereit sind, vorgehen wird, sahen wir bereits oben S. 4 f.[5])

II. Der Inhalt der Klage.

a) Der Klageantrag.

Nach § 985 BGB. ist Gegenstand des Anspruches „die Herausgabe der Sache", d. h. Uebertragung des unmittelbaren Besitzes, beim Pfändungspfandrecht Uebertragung des unmittelbaren Besitzes auf den Gerichtsvollzieher. Daß der mittelbare Besitzer direkt auf Herausgabe an den unmittelbaren Besitzer klagen kann, ist aus § 986 Abs. 1 S. 2 BGB. zu schließen. Um festzustellen, ob der Gläubiger auf Uebertragung des Besitzes auf den Schuldner oder einen Dritten, in dessen Gewahrsam die gepfändete Sache sich ursprünglich befand, klagen kann, müssen wir uns über die Besitzverhältnisse an einer gepfändeten Sache klar werden.

Bei Untersuchung der Besitzverhältnisse an der gepfändeten Sache gehen wir am besten davon aus, welche Rechtsnatur der „Besitz" hat, in den der Gerichtsvollzieher nach § 808, 847 etc. ZPO. die gepfändete Sache zu nehmen hat (und zwar lassen wir zunächst den komplizierten Fall, daß die

---

[1]) Püschel S 20–25, Schultz S. 20—23.
[2]) Planck Bd. 3 § 985, 1 b α S. 249 ff. Püschel S. 20–25. a. A. Wendt in Arch. Ziv. Prax Bd. 87 S. 68—76.
[3]) Planck Bd. 3 § 985, 1 b α S. 249.
[4]) Püschel S. 20—25, Schultz S 18–27.
[5]) cf. auch Emmerich S. 175.

Pfandsache in dem Gewahrsam des Schuldners, Gläubigers oder herausgabebereiten Dritten gelassen wird — §§ 808 Abs. 2, 809 ZPO. — außer acht). Da ausdrücklich von Besitz gesprochen wird, scheidet die von manchen[1]) behauptete Besitzdienerschaft (§ 855 BGB.) von vornherein aus. Auch fehlt das tatsächliche Abhängigkeitsverhältnis[2]), das die Besitzdienerschaft voraussetzt. Daß aber auch kein „der Sequestration ähnlicher obrigkeitlicher Gewahrsam", wie ihn Eccius[3]) annimmt, vorliegt, ergibt sich schon daraus, daß ein solcher vom Gesetz nirgends erwähnt wird. Wie sollte man sich auch die rechtliche Natur eines solchen Besitzes vorstellen? Insbesondere, welche Bestimmungen über den Besitz des BGB. sollten Anwendung finden? Wenn § 808 ZPO. sagt: „in Besitz nimmt", so kann eben nur der Besitz der §§ 854 ff. BGB. gemeint sein[4]) der Besitz, der durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben wird. So sprechen denn auch die Motive zur ZPO.[5]) von „Pfandbesitz" des Gerichtsvollziehers. — Es fragt sich nun weiter, welcher Art dieser Besitz des Gerichtsvollziehers ist, ob auch der Gläubiger Besitzer ist, und wenn ja, ob unmittelbarer Mitbesitzer oder mittelbarer Besitzer (§ 868 BGB.). Die Frage nach der Besitzstellung des Gläubigers wird im allgemeinen dahin beantwortet, daß er mittelbarer und der Gerichtsvollzieher unmittelbarer Besitzer ist.

Die Anhänger der „Amtstheorie"[6]), wonach die Pfändung lediglich ein Akt der öffentlichen vollziehenden Gewalt ist, und die den Auftrag der §§ 166, 753, 754 etc. ZPO. mit Antrag identifiziert, vertreten z. T. die Ansicht, daß die Notwendigkeit eines Besitzes des Gläubigers an der gepfändeten Sache sich daraus ergibt, daß ein Essentiale des Pfandrechts Gläubiger-Besitz sei[7]). Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden, denn wenn auch ZPO. das Pfändungspfandrecht als Faustpfandrecht konstruiert[8]), d. h. als ein durch Besitz gekennzeichnetes Pfandrecht, so ist doch nicht unbedingt nötig, daß der Besitz gerade dem Gläubiger zusteht. Kann der Besitz nicht auch einmal ausnahmsweise durch einen dritten, hier den Gerichtsvollzieher, ausgeübt werden, während der Gläubiger

[1]) z. B. Weismann S. 129.
[2]) Bartels in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 672.
[3]) Förster-Eccius Bd. 3 § 157 S. 22 ff.
[4]) So auch z. B. Bunsen S. 151, Vogt S. 34.
[5]) ZPO. Motive S. 456.
[6]) z. B. Bunsen S. 123—125, Förster-Eccius Bd. 2 § 141. Note 17 S. 306 f. Kleinfeller § 147 I 1 S. 633. Schmidt § 142 III. S. 915—917. Weismann S. 80.
[7]) so Schmidt § 146 III Note 4 S. 941. Weismann S. 120.
[8]) ZPO. Motive S. 450.

vom Besitz ausgeschlossen ist?! § Auch Kahns[1]) Begründung daß der Gläubiger Pfandbesitz erwerbe, weil der Gerichtsvollzieher doch wohl nicht das Pfandrecht für den Gläubiger, den Besitz aber für sich selbst erwerbe, ist nicht stichhaltig. Solange nicht das Gesetz ausdrücklich sagt: der Gerichtsvollzieher erwirbt für den Gläubiger Besitz, ist der Wille des Gerichtsvollziehers allein belanglos. Daß aber die Konstruktion des Pfändungspfandrechts als Faustpfandrecht nicht unbedingt Gläubigerbesitz zur Folge hat, sahen wir im vorigen[2])

Bei Annahme der Amtstheorie läßt sich ein Besitz des Gläubigers hiernach nicht konstruieren; wohl aber ist, wie wir im folgenden sehen werden, Gläubigerbesitz eine Konsequenz der Stellvertretungstheorie. Untersuchen wir daher zunächst, ob die Auftragstheorie als solche haltbar ist. — Der Gerichtsvollzieher handelt nach ihr, soweit er staatliche Gewalt verwirklicht, d. h. insbesondere im Verhältnis zum Schuldner und zu Dritten als Beamter; als Beauftragter aber erwirbt er dem Gläubiger Rechte. Die Mandatstheorie leugnet hiernach keineswegs die Beamtennatur des Gerichtsvollziehers, sie verkennt nicht, daß seine Handlungen die eines mit staatlicher Zwangsgewalt ausgerüsteten Justizorgans sind, das aber eine gewisse Selbständigkeit hat, das zwar der Aufsicht, aber nicht der unmittelbaren Leitung des Gerichts unterliegt. (Pr. Geschanw. f. Ger.-Voll. § 42). Aber der Gerichtsvollzieher nimmt nach der Mandatstheorie eine Doppelstellung ein: er ist zugleich Beauftragter des Gläubigers im Sinne der §§ 662 ff. BGB.

Daß der Gerichtsvollzieher in allen Staaten, die das Institut des Gerichtsvollziehers schon vor Entstehung der deutschen ZPO. kannten, zumal in Frankreich, diese Doppelstellung einnimmt, ist kein durchschlagender Beweis. Wohl aber ist Gewicht zu legen auf die konsequent durchgeführte Anwendung des Wortes „Auftrag" in der ZPO. Es ist nicht einzusehen, weshalb das Gesetz stets „Auftrag" sagt, wenn Antrag oder dergleichen damit gemeint ist

Schmidt[3]) meint allerdings, daß von einem Auftrag nicht die Rede sein könne, da dieser vorausgesetzt, daß eine Person kraft ihres persönlichen Vertrauens einer anders frei von ihr ausgewählten Person das Angebot macht, gewisse Geschäfte ihrer Interessensphäre zu führen, daß der andere aus freiem Willen hierauf eingeht und die Pflicht übernimmt und daß endlich die Ausführung des Geschäfts in Art und Form innerhalb der allgemeinen Vertragsgrenzen (Sittlichkeit etc.) frei von ihnen vereinbart werde. Dem ist entgegen zu halten, daß der Gerichtsvollzieher sich dadurch, daß er sich anstellen ließ,

[1]) Kahn in Arch. Ziv. Prax. Bd. 70 S. 433.
[2]) so auch Wongrowitz S. 38 f.
[3]) Schmidt § 142 III S. 915.

verpflichtet hat, alle Aufträge anzunehmen. Den Anstellungsvertrag aber hat er in voller Vertragsfreiheit geschlossen. Auf das persönliche Vertrauen des Auftraggebers und die Möglichkeit freier Auswahl aber kommt es endlich bei derartigen Zwangsvollstreckungsaufträgen deshalb nicht an, weil der Staat Sorge trägt, daß die Gerichtsvollzieher ordnungsmäßig die ihnen erteilten Aufträge durchführen.

Dem Auftragsrecht des BGB. entsprechen alle folgenden Bestimmungen: Erst wenn der Gläubiger den schriftlichen oder mündlichen Auftrag zur Zwangsvollstreckung erteilt hat (und außerdem eine vollstreckbare Ausfertigung übergeben ist), darf der Gerichtsvollzieher mit der Vollstreckung beginnen (cf. § 662 BGB.). Er hat sich nach den Weisungen des Gläubigers zu richten (cf. § 665 BGB.). Der Auftrag zur Vornahme der Zwangsvollstreckung ist jederzeit zurücknehmbar (cf. § 671 BGB.: je nachdem muß der Gerichtsvollzieher dann die Zwangsvollstreckung einstellen oder beschränken. Für etwaige Auslagen kann der Gerichtsvollzieher Ersatz verlangen (cf. § 670 BGB.) und hat ferner Anspruch auf Zahlung von Gebühren.

Hiernach liegt also streng genommen kein (unentgeltlicher) Auftrag vor, sondern eine entgeltliche Geschäftsbesorgung. Der Gläubiger schließt mit dem Gerichtsvollzieher einen Dienstvertrag (§ 611 ff BGB.), auf den ja nach § 675 BGB. die Vorschriften über Auftrag Anwendung finden, wenn er eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Einzelne Modifikationen erfährt das Auftragsverhältnis dadurch, daß der Gerichtsvollzieher Beamter ist; so z. B. gibt es keine Klage auf Ausführung des Auftrags gegen ihn, sondern der betreibende Gläubiger ist auf den durch § 766 ZPO. vorgeschriebenen Weg angewiesen.

Der dem Gerichtsvollzieher erteilte Auftrag ist also ein Auftrag im Sinne des BGB.[1]). Dieser Auftrag ist, wie wir im folgenden sehen werden, mit einer Vollmacht verbunden: Der Gerichtsvollzieher erhält ein Stellvertretungsrecht. Aus folgengenden Gesetzesbestimmungen ergibt sich das Vorliegen der Vollmacht mit Notwendigkeit.

Wenn nach § 815, Abs. 3 ZPO. die Wegnahme des Geldes und wenn nach § 819 ZPO. die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung seitens des Schuldners gilt, so ist das ein strikter Beweis für das Vorliegen eines Stellvertretungsverhältnisses. Ein ebenso durchschlagender Beweis ist § 897, Abs. 1 ZPO., wonach die Uebergabe einer beweglichen Sache, an der Eigentum zu übertragen oder ein son-

[1]) so auch ZPO Motive S. 440. Seuffert Bd. 1 § 166, 4 S. 266 f. Struckmann-Koch § 753, 1 S. 137 f. Vogt S. 33 f. RGZ Bd. 16 S. 404.

stiges Recht zu bestellen ist, als erfolgt gilt, wenn der Gerichtsvollzieher sie zwecks Ablieferung dem Gläubiger wegnimmt[1]).

Man hat auch die Bestimmung des § 804, Abs. 1 ZPO., wonach der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstand erwirbt, als Beweis einer Stellvertretung durch den Gerichtsvollzieher verwerten wollen. Aber Entstehung eines Pfandrechts für den Gläubiger kann sehr wohl an die Besitzergreifung durch den Gerichtsvollzieher, also an einen amtlichen Akt als solchen geknüpft sein.[2])

Das Vorliegen einer Stellvertretung des Gläubigers durch den Gerichtsvollzieher läßt sich nicht widerlegen durch den Hinweis darauf[3]), daß der Gerichtsvollzieher als Beamter eine Handlung vornimmt, die der Gläubiger als Privatmann nicht ausführen kann. Auch sonst sind ja Fälle denkbar, wo der Vertreter eine Handlung vornimmt, die dem Vertretenen, z. B. wegen Minderjährigkeit oder auch de facto (cf. z. B. § 1912 BGB.) unmöglich ist. Ebensowenig ist Beweis gegen Annahme einer Stellvertretung der Umstand, daß der Gerichtsvollzieher sein Amt „im Namen des Staats" und nicht des Gläubigers ausübt. Stellvertretung erfordert ein Handeln für fremde Rechnung und in fremdem Namen, d. h. für Rechnung des Vertretenen und in der erklärten Absicht, für seine Rechnung zu handeln. Diesen Erfordernissen wird bei der Pfändung genügt, insofern der Gerichtsvollzieher dem Schuldner diese Absicht durch Vorlegung des Vollstreckungstitels (§ 750 ZPO. kundgibt. Nur formell erfolgt die Vollstreckung im „Namen des Staats", und zwar deshalb, weil dieser allein, nicht aber der Gläubiger zu gewaltsamem Vorgehen befugt ist.

Wir kommen mithin zu dem Resultat, daß der Gerichtsvollzieher für den Gläubiger eine Stellvertretung ausübt. Wenn also der Gerichtsvollzieher für den Gläubiger ein Pfandrecht als Stellvertreter erwirbt dadurch, daß er bestimmte Sachen in Besitz nimmt, so muß der Gläubiger durch die Besitzergreifung seitens des Gerichtvollziehers notwendigerweise auch Besitzer werden.

Aber hier ist nun zu beachten, daß die Stellvertretung ihre Grenzen in den Bestimmungen des Gesetzes findet, daß nur wenn das Gesetz die durch die Stellvertretung zu erzielenden Wirkungen billigt, eine Stellvertretung möglich ist. Es wird daher zu untersuchen sein, ob das Gesetz nicht vielleicht einen Gläubigerbesitz mißbilligt. Dieser Ansicht ist Wongrowitz,[4]) der ausführt, daß trotz der Konstruktion des Pfändungspfandrechts als Faustpfandrecht nicht notwendig dem Gläu-

[1]) a. A. Weismann Bd. 2 § 139 I 1 S. 80 f.
[2]) Schmidt § 142 III S. 916. Weismann S. 80.
[3]) so Nessel in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 97.
[4]) Wongrowitz S. 38—41.

biger Besitz zuzustehen braucht und daß der Besitz des Gerichtsvollziehers (§ 808 ZPO.) nicht als ein Recht aufzufassen ist, sondern nur (?) als ein Mittel, um das Pfandrecht ersichtlich zu machen und den gepfändeten Gegenstand der Disposition des Schuldners zu entziehen — eine Ansicht, die auch die Motive zur ZPO.[1]) verträten. Ein Vergleich mit dem Besitz des Vertragspfandgläubigers ergibt indessen, daß auch dieser im wesentlichen den Zweck hat, das Pfandrecht zu verlautbaren und die Pfandsache der Verfügungsgewalt des Eigentümers zu entziehen. Und doch wird man nicht behaupten wollen, daß deshalb ein Vertretungsbesitz ausgeschlossen sein soll. Allerdings wird ja ausdrücklich ein Besitz des Gläubigers nicht erwähnt, aber solange er nicht vom Gesetz ausgeschlossen ist und Annahme eines solchen nicht gegen den Sinn des Gesetzes, d. h. gegen die übrigen Gesetzesbestimmungen verstößt, dürfen wir annehmen, daß dem Gläubiger durch den Gerichtsvollzieher Besitz vermittelt wird.

Es fragt sich noch, welcher Art dieser Besitz ist. Nicht zweifelhaft kann es sein, daß der Besitz des Gerichtsvollziehers unmittelbar ist, denn er wird ja nach § 808 ZPO. durch Besitzergreifung, d. h. Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. Ob der Gläubiger unmittelbarer Mitbesitzer oder mittelbarer Besitzer ist, bedarf einer genaueren Untersuchung.

Wahrscheinlicher erscheint es, daß er mittelbarer Besitzer ist. Deshalb mag zunächst untersucht sein, ob die Voraussetzungen des § 868 BGB. erfüllt sind. Daß der Gerichtsvollzieher unmittelbarer Besitzer ist, haben wir im vorigen festgestellt. Außerdem muß er auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet sein. Das ist der Fall. Kraft Amtes ist er verpflichtet aber auch berechtigt, die Sache bis zur Versteigerung zu besitzen. Weiter verlangt § 868 BGB., daß der Besitz auf einem Verhältnis wie Nießbrauch, Pfandrecht, Pacht, Miete, Verwahrung oder einem ähnlichen Verhältnis beruht; ein solches kann man in dem Auftrag sehen. Rechtsgeschäftliche Ueberlassung („Anvertrauen"), wie sie Strohal[2]) fordert, ist nicht nötig, denn zu dem in § 868 BGB. erwähnten Pfandrecht gehört nach § 1257 BGB. ja auch das gesetzliche Pfandrecht, bei dem von rechtsgeschäftlicher Ueberlassung nicht die Rede sein kann.[3]) Die Voraussetzungen sind demnach erfüllt. Der Gläubiger ist bei der Pfändung durch Wegnahme der Sache mittelbarer Besitzer.[4])

---

[1]) ZPO Motive S. 450.
[2]) Strohal in Iherings. J Bd. 38 S. 23.
[3]) cf. Wongrowiiz S. 42.
[4]) so auch z B. Bartels in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 672. Glasenapp in Gruchots Beitr. Bd 24 S. 248. Kahn in Arch. Ziv. Prax. Bd 70 S. 431—434 Vogt S. 34—39. a. A. Kleinfeller § 147 IV 1 S. 638. Wongrowitz S. 38—41.

Nunmehr kommen wir zur Besprechung der Besitzverhältnisse an einer Sache, die im Gewahrsam des Schuldners oder herausgabebereiten Dritten belassen wird (§§ 808, Abs. 2 und 809 ZPO.). Was den Begriff „Gewahrsam" anbelangt, so kommt derselbe im BGB. nicht vor. Im gemeinen Recht war er gleich bedeutend mit unmittelbarem Besitz. Wenn in der ZPO. dieser Ausdruck beibehalten und nicht statt dessen „unmittelbar Besitz" gesetzt ist, so hat das wohl seinen Grund darin, daß dieser letzte Ausdruck zu der Annahme verleiten könnte, es stände stets ein mittelbarer Besitz dahinder.[1]) Keinen Gewahrsam hat also der Besitzdiener (§ 855 BGB.).[2]) Das ergibt auch folgende Erwägung: Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe einer Sache, die sich im Gewahrsam eines Dritten (und nicht des Schuldners) befindet, erfolgt nach § 886 ZPO. in der Weise, daß der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe dem Gläubiger überwiesen wird. Würde das Wort „Gewahrsam" auch Besitzdienerschaft umfassen und würde ein Besitzdienerschaftsverhältnis vorliegen, so könnte aber von einem Herausgabeanspruch, d. h. Anspruch auf Uebertragung des unmittelbaren Besitzes (cf. S. 6) keine Rede sein, da der Besitzdiener ja keinen Besitz hat, es sei denn, daß er sich weigert, dem Besitzherrn die Sache zurückzugeben. Dann besteht nämlich das für die Besitzdienerschaft nötige Abhängigkeitsverhältnis nicht mehr, und der Besitzdiener macht sich dadurch, daß er dem Begehren des Herrn nicht nachkommt, zum Besitzer.[3]) Wenn somit Gewahrsam Besitz bedeutet, Besitzdienerschaft aber nicht mit umfaßt, ist natürlich erst recht nicht die Ansicht zu billigen, daß Gewahrsam nur Obhut, d. h. die zur custodia verpflichtende Gewalt ist[4]) oder gar nur ein rein objektives Innehaben, „ein der Natur nach vorübergehendes Hindernis in der Ausübung der Gewalt des Gerichtsvollziehers".[5])

Beläßt der Gerichtsvollzieher die gepfändete Sache im Gewahrsam des Schuldners oder herausgabe-bereiten Dritten, so haben diese also unmittelbaren Besitz, der auch nicht etwa von der Pfändung ab zur Besitzdienerschaft wird, da diese Annahme gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes — „im Gewahrsam . . . . . zu belassen" — verstoßen würde. Es fragt sich nun, ob dadurch, daß der Schuldner oder Dritte Besitz haben, die Natur des Besitzes des Gerichtsvollziehers und Gläubigers verändert wird. Daß diese ihren Besitz nicht verlieren, wenn der Gerichtsvollzieher die gepfändete Sache im Gewahr-

[1]) Vogt S. 21.
[2]) so auch Planck Bd 3 § 855, 1. S. 36. Strohal in Iherings J. Bd. 38 S. 4 ff. Vogt S. 19—29. a. A. Neukamp § 808, 2a S. 781.
[3]) Strohal in Iherings J. Bd. 38 S. 9.
[4]) Nessel in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 103.
[5]) Bartels in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 672.

sam des Schuldners oder Dritten beläßt, geht daraus hervor, daß dann ja auch das Pfandrecht untergehen müßte, weil es durch Besitzergreifung erworben wird. Da der Gerichtsvollzieher offenbar kein unmittelbarer Besitzer ist, wenn die gepfändete Sache sich in Gewahrsam eines andern befindet, ist zu untersuchen, ob er mittelbaren Besitz hat. Der unmittelbare Besitz des Schuldners resp. dritten steht fest, da diese Gewahrsam haben. Das Rechtsverhältnis, auf Grund dessen der unmittelbare Besitzer auf Zeit zum Besitz berechtigt resp. verpflichtet ist, ist kein Vertrag, sondern beruht auf dem Gesetz. Daß eine rechtsgeschäftliche Ueberlassung nicht erforderlich ist zum Begriff des mittelbaren Besitzes, sahen wir oben (S. 11 f). Durch die Pfändung wird dem Schuldner resp. Dritten die Pflicht auferlegt, die Sache zu bewahren und sich jeder Verfügung über dieselbe zu enthalten (cf. auch § 136 f. StGB.). Hiernach beruht der mittelbare Besitz des Gerichtsvollziehers auf einer Besitzverpflichtung, nicht aber auf einem Besitzrecht, wie z. B. Vogt und Wongrowitz[1]) meinen, das ergibt sich aus § 808 f. ZPO; nur auf jederzeitigen Widerruf wird die Sache dem Gewahrsamsinhaber belassen. Bei Gefährdung der Befriedigung des Gläubigers, ferner wenn die Pfandsache versteigert werden soll usw., kann ihm der Besitz entzogen werden, ohne daß es einer Kündigungsfrist bedarf, während doch § 986, Absatz S. 2 BGB. die Fälle ergreifen will, wo der Eigentümer seine Sache einem anderen überlassen hat mit der Wirkung, daß er sie ihm nicht völlig willkürlich wieder entziehen kann. Daß keine Besitzberechtigung besteht, ergibt auch der Umstand, daß die Entscheidung über den Gewahrsam dem Gerichtsvollzieher zusteht. Daß sein Entschluß die Besitzberechtigung gegenüber dem Pfandgläubiger begründen würde, wäre doch eigenartig! Nun stehen dem Schuldner allerdings nach § 766, Abs. 1 ZPO. Einwendungen gegen die Art und Weise der Vollstreckung zu, über die das Gericht entscheidet; allein daß dieses etwa gezwungen wäre, die Belassung der Sache im Gewahrsam des Schuldners etc. anzuordnen, wofern er den Beweis führt, daß die Sicherheit des Gläubigers nicht gefährdet ist, ist nirgends gesagt. Die Erfordernisse des § 868 BGB. liegen demnach vor. Dadurch, daß der Gerichtsvollzieher aber vom unmittelbaren zum mittelbaren Besitzer wird, wird notwendig der sonst mittelbar besitzende Gläubiger zweitstufiger mittelbarer Besitzer. Es ergibt sich also folgendes Resultat:

α) Bei Pfändung durch Wegnahme der Sache.
Gerichtsvollzieher = unmittelbarer Besitzer.
Gläubiger = unmittelbarer Besitzer.

[1]) Vogt S. 42 und 46 f. Wongrowitz S. 43.

β) Bei Pfändung durch Siegelanlegung:
Schuldner resp. dritter = unmittelbarer Besitzer.
Gerichtsvollzieher = erststufiger mittelbarer Besitzer.
Gläubiger = zweitstufiger mittelbarer Besitzer.

Auf Grund dieses Resultats können keine Zweifel mehr darüber entstehen, daß eine Klage des Pfändungspfandgläubigers auf Herausgabe an den Schuldner oder dritten Besitzer zulässig ist, falls seine Sicherheit nicht gefährdet ist, trotzdem die Sache einmal aus dem Gewahrsam einer dieser genannten Personen geraten ist[1]). Die analoge Anwendung der Vorschrift des § 986, Abs. 1, S. 2 BGB. ist übrigens unangebracht, denn in § 986 BGB. wird Besitzberechtigung des Gewahrsamsinhabers resp. unmittelbaren Besitzers, also des Schuldners etc. vorausgesetzt. Von einer solchen kann indes keine Rede sein, wie wir im vorigen festgestellt haben.

Bei Vorliegen mehrerer Pfändungspfandrechte kann jeder einzelne Gläubiger klagen und zwar nach § 1011 BGB. mit § 432 BGB. Er kann also z. B. nicht auf Herausgabe an den Schuldner klagen, wenn durch dessen Gewahrsam die Befriedigung eines andern Pfändungspfandgläubigers gefährdet wird. Ist der Besitzer zur Herausgabe der Sache verurteilt, hat aber nach Ablauf einer angemessenen Frist die Sache nicht herausgegeben, so hat der Pfandgläubiger nach § 893 ZPO, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 283 BGB. das Recht, „die Leistung des Interesse zu verlangen", d. h. auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu bestehen (§ 283 BGB.). Wenn auch § 283 BGB. an sich nur obligatorisch Ansprüche betrifft, darf man wohl unbedenklich diese Vorschrift auf dingliche Ansprüche anwenden, da sie eine unentbehrliche Ergänzung für die dinglichen Ansprüche bildet[2]). Da der Herausgabeanspruch auf Herausgabe der ganzen gepfändeten Sache geht, ohne Rücksicht auf die Höhe der pfandgesicherten Forderung, wird auch das Surrogat dem Wert des Objekts gleichzusetzen sein; nicht aber kann der Beklagte einwenden, daß die Pfandforderung nur einen Bruchteil des Werts der Pfandsache beträgt. Jedenfalls ist aber der Schadenersatz nicht an den Gläubiger selbst zu leisten, sondern an den Gerichtsvollzieher, damit dieser das Geld dem Gläubiger abliefert, analog § 815, Abs. 1 ZPO. (nachdem er einen etwaigen Ueberschuß über die Forderungssumme abgezogen hat, um die Hyperocha dem Schuldner zurückzuerstatten) resp. bei Mehrheit von Gläubigern die Summe entsprechend verteilt oder wenn die Gläubiger sich über die Verteilung nicht einigen können, den ganzen Betrag hinterlegt

[1]) Schmidt § 145 Anm. 1 S. 933. Seuffert Bd. 2. § 804, 3a S. 490.
[2]) Endemann Bd. 2 § 2 S. 3 ff. Planck II Vorb. S. 3 ff. Schultz S. 37 Windscheid § 193, 1 S. 989.

und dem Vollstreckungsgericht die Sachlage mitteilt (analog § 827, Abs. 2 ZPO.).

Unterschiede ergeben sich daraus, ob die Klage gegen den unmittelbaren oder mittelbaren Besitzer geht. Auf Einräumung des unmittelbaren Besitzes geht der Klageantrag gegen den unmittelbaren Besitzer. Dem mittelbaren Besitzer gegenüber lautet er auf Uebertragung des mittelbaren Besitzes, nicht aber auf Anerkennung des Rechts des Klägers, also des Pfändungspfandgläubigers, und Duldung der Zwangsvollstreckung in die im mittelbaren Besitz des Beklagten befindlichen Sachen. Da sich Abweichungen von dem Klagantrag bei der Klage aus dem Vertragspfandrecht nicht ergeben, kann hier auf die Ausführungen Plancks, Püschels und Schultzs[1]) verwiesen werden.

b) Das Streitobjekt.

Zweifel über den Umfang des Pfändungspfandrechts können in allen den Fällen nicht entstehen, wo der Gerichtsvollzieher die Sache in Besitz nimmt, wohl aber wenn er die Pfändung durch Anlegung von Siegelmarken etc. bewirkt.

Streitobjekt ist die gepfändete Sache mit den wesentlichen, im Zweifel wohl mit sämtlichen Bestandteilen. Ob das Zubehör mit gepfändet ist und demnach zum Streitobjekt gehört, wird nach Lage des Falls zu entscheiden sein, wofern sich aus der Art der Markenanlegung oder dem Pfandprotokoll (§ 762 ZPO.) nichts ergibt. Bei Zerlegung der Sache in einzelne Teile besteht das Pfandrecht an den Teilen fort[2]). Eine Sachgesamtheit kann nicht gepfändet werden und demnach auch nicht Gegenstand des Herausgabeanspruchs sein[3]). Der Pfändungspfandgläubiger kann sie zwar unter einem Sammelnamen einklagen, damit den Erfordernissen des § 253, Abs. 2 Z. 3 ZPO. genügt ist, aber das ist nur eine prozessuale Erleichterung. Der Inbegriff als solcher wird dadurch nicht Gegenstand des Rechts. Dafür, daß die Sachgesamtheit als solche Gegenstand des Pfandrechts ist, scheint auch der Umstand zu sprechen, daß zur Pfändung einer solchen unter Umständen die Anbringung eines einzigen Siegels oder einer einzigen Tafel[4]) genügen kann. Trotzdem besteht das Pfändungspfandrecht zum Beispiel an den einzelnen Büchern einer derart gepfändeten Bibliothek, nicht an der ganzen Bücherei. Nur damit die umständliche Siegelung jedes einzelnen Buches vermieden wird,

[1]) Planck Bd. 3 § 985, 1 b. β S. 250—252. Püschel S. 26—29. Schultz S. 37 f.

[2]) BGB. Motive S. 363 und 805.

[3]) BGB. Motive S. 28 f. Gaupp-Stein § 808 I S. 535. Wongrowitz S. 20 a. A. Cosack § 213 II S. 173. Dernburg § 2 II S. 7 f.

[4]) RG. in JW. Bd. 1897 S. 134 f. Vgl. auch Pr. Gesch. Anw. f. Ger.-Voll. § 57 No. 5 und 6.

gilt schon mit der Anbringung eines einzigen Zeichens die Pfändung als gültig erfolgt.

Ein Unterschied gegenüber dem Vertragspfandrecht besteht insofern, als bei Verpfändung einer Sachgesamtheit vereinbart werden kann, daß das Recht sich auf die regelmäßig zugehenden Stücke erstrecken soll, während die Stücke mit regelmäßigen Abgang aus dem Pfandkonnex ausscheiden. Dem Zweck der Pfändung würde eine derartige Ausdehnung resp. Einschränkung des Pfandrechts widersprechen. Das Gesetz enthält zwar keine Bestimmungen über diesen Punkt, aber da das Pfändungspfandrecht Befriedigungszwecken, nicht Sicherungszwecken dient, da ferner das Pfandobjekt hauptsächlich deshalb im Besitz des Schuldners bleibt, damit die Wegschaffungskosten gespart werden, hat sich der Schuldner, resp. andere Gewahrsamsinhaber jeder Verfügung über die Pfandsache zu enthalten. Also das Pfand wird, auch wenn es sich um eine Sachgesamtheit handelt, durch die Pfändung gewissermaßen dem Verkehr entzogen: Die Entziehung einzelner Sachen aus der Pfandverstrickung macht unter Umständen auch strafbar. (§ 137 StGB., siehe auch § 136 StGB.). Dagegen besteht ein gesetzliches Verfügungs- oder Veräußerungs-Verbot, wie es Neukamp[1]) annimmt, nicht; ein solches müßte ausdrücklich im Gesetz erwähnt sein. Diese Auffassung liegt auch der RG.-Entscheidung[2]) zugrunde, wonach die Pfändung eines Warenlagers in der Weise, daß der Schuldner das Geschäft weiter betreiben soll, ihm auch die Erlaubnis vom Gläubiger erteilt wird, einzelne Stücke weiter zu veräußern, unzulässig ist.

Ausgenommen sind von den Regeln über die Pfändung beweglicher Sachen, die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe (vgl. über das Arrestpfandrecht § 931 ZPO.). Ferner bildet noch eine Ausnahme die Pfändung von Geld. Dies wird (ebenso wie Kostbarkeiten) dem Schuldner stets sofort abgenommen, vom Gerichtsvollzieher in Besitz genommen, und (anders als Kostbarkeiten) dem Gläubiger abgeliefert (§§ 808, Abs. 2, S. 1, 815, Abs. 1 ZPO.). Nach § 815, Abs. 3 ZPO. gilt anders als bei allen anderen Sachen schon die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von Seiten des Schuldners. Für die Begründung eines Pfändungspfandrechtes bleibt also kein Raum.[3]) Auch bei Pfändung von Geldforderungen (vergl. besonders § 835 ZPO.) entsteht kein Pfandrecht an den Geldstücken (siehe oben S. 1).

---

[1]) Neukamp S. 774.

[2]) RG. in Seuff. A. Bd. 65 S. 380 ff.

[3]) ZPO. Motive S. 454. Petersen-Anger § 815, 3 S. 465. Seuffert Bd. 2 § 815, 3a. S 520 f. RG. in Seuff. Arch. Bd. 39 S. 255 a. A. Schmidt § 146 III S. 942 Weismann S. 134 f.

c) Die Nebenansprüche.

1. Die Nutzungen.

Die Ansprüche des Eigentümers auf Herausgabe der Nutzungen und die Art der Haftung des Besitzers, regeln die §§ 987, 988, 990, 991, Abs. 2, 992 BGB. Diese Vorschriften, wie die über Schadensersatz, Verwendungen etc., dürfen nun aber nicht buchstäblich übertragen werden, sondern sind daraufzu untersuchen, ob sie mit dem Wesen des Pfändungspfandrechts in Einklang stehen. Das sprechen auch die Motive[1]) aus: „Der Umstand, daß das Interesse des Pfändungspfandgläubigers an der Sache ein Pfand- und Sicherungsinteresse und nicht ein Eigentum- oder Nutzungsinteresse ist, wird auf die Feststellung des zu ersetzenden Schadens bezw. der herauszugebenden Bereicherung, ferner auch auf die Erstattungspflicht des Pfandgläubigers in Ansehung der vom Besitzer auf die Sache gemachten Verwendungen Einfluß ausüben; doch wird die Würdigung dieses Einflusses der Doktrin und Praxis zu überlassen sein." Die Vorschriften sollen eben nur „entsprechend" angewandt werden.

Bei Uebertragung der Vorschriften über die Ansprüche und Gegenansprüche bei der rei vindicatio auf das vertragsmäßige Pfandrecht des BGB. ergeben sich Unterschiede, je nachdem ob der Pfandgläubiger das volle Nutzungsrecht hat oder nur ein Fruchtbezugsrecht oder ob er keines dieser beiden Rechte hat. Im ersten Falle kann er günstigstenfalls alle Nutzungen § 100 BGB., im zweiten die Früchte § 99 BGB. herausverlangen. Stets aber hat er Anspruch auf Herausgabe der vom Pfand getrennten Erzeugnisse § 99 BGB., da sich auf diese das Pfandrecht erstreckt (§ 1212 BGB.)[2])

Der Umstand, daß das Interesse des Gläubigers ein Sicherungs- und kein Nutzungsinteresse ist, hat somit zwar einen qualitativen Einfluß — indem ihm, je nachdem, ob er z. B. ein Nutzungsrecht hat oder nicht, ein Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen zusteht resp. nicht zusteht —, nicht aber einen quantitativen, d. h. der Besitzer kann z. B. nicht unter Berufung auf den Umstand, daß das Pfandobjekt allein zur Befriedigung des Pfandgläubigers ausreicht, die Nutzungen zurückzubehalten[3]) Nach gemeinem Recht wurde übrigens auf Herausgabe der Früchte nur erkannt, wenn die Hauptsache zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreichte.[4])

---

[1]) BGB. Mot. S. 809.

[2]) Hierzu vgl. Biermann § 1227 Ia. S. 268. Emmerich S. 204 — 209. Püschel S. 45 - 47. Schultz S. 39 — 43. Staüdinger § 1227, I a ß S. 1034. Windscheid § 235, I 3 S. 1193.

[3]) Püschel S. 47 f. Schultz S. 43.

[4]) Windscheid § 235, 3 a S. 1188.

Wesentliche Abweichungen ergeben sich beim Pfändungspfandrecht dadurch, daß hier ein Nutzungs- und Fruchtbezugsrecht niemals vorhanden ist.[1]) Da in der Regel die Zeit zwischen Pfändung und Verwertung des Pfandes eine sehr kurze ist, würde ein Nutzungsrecht nur von sehr geringem praktischem Wert sein. Zweck der Pfändung ist ja nur die dingliche Verhaftung eines Objekts zwecks baldiger Befriedigung des Gläubigers, nicht die dauernde Sicherung seiner Forderung. Gerade so wie bei der Pfändung einer Sachgesamtheit gewissermaßen eine Sperre über die wirtschaftliche Benutzung derselben verhängt wird, wie dort Zu- und Abgehen einzelner Stücke vom Zeitpunkt der Pfändung ab unmöglich ist, wird auch die regelmäßige Nutzung und Fruchtziehung durch die Pfändung unterbunden.

Emmerichs[2]) Schlußfolgerung, daß die ZPO. eine Nutzungsberechtigung des Pfändungspfandgläubigers nicht anerkennt, weil sie es nicht ausdrücklich erwähnt, können wir allerdings nicht beipflichten, ebenso wenig wie seine Deduktion anzuerkennen ist, daß das Nutzungsrecht ja in erster Linie ein Recht gegenüber dem Eigentümer (Verpfänder) ist, daß also der Fall des § 804 Abs. 2 ZPO. nicht gegeben sei; denn wie wir oben (S. 2 f) sahen, sind alle Vorschriften der §§ 985 ff. BGB. anwendbar, soweit sich nicht aus dem Wesen des Pfändungspfandrechts etwas anderes ergibt.

Vom Augenblick der Pfändung an hören also prinzipiell die früheren Nutzungsverhältnisse der Sache auf. Der Gerichtsvollzieher hat nunmehr für die ordnungsmäßige Bewirtschaftung der Sache (eventuell durch einen besonders bestellten Verwahrer) zu sorgen, einerlei, ob die Sache in seinem oder des Schuldners, Gläubigers resp. eines Dritten Gewahrsam ist; vergl. hierzu auch preußische Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 1. Dezember 1899, §§ 57 Nr. 6, 62 Nr. 7 und 8. In praxi wird sehr oft der Gewahrsaminhaber die Sache bewirtschaften. Als Entgelt für die Pflege gepfändeter Tiere kann der Gerichtsvollzieher dem Schuldner z. B. die Nutzungen in pfandfreiem Zustand überlassen (preuß. Gesch. Anw. f. Ger. Voll. § 57 Nr. 7). — Soweit Nutzungen gezogen werden, fallen sie in das Eigentum des Schuldners. Die analoge Anwendung von § 1212 BGB. ergibt, daß sich das Pfändungspfandrecht soweit auf dieselben erstreckt, als sie Erzeugnisse der Sache sind.[3]) Das ergibt sich auch daraus, daß das Pfandrecht an den Teilen einer zerlegten Pfandsache fortbesteht. Die Fruchttrennung wird ja vom geltenden Recht als Zerlegung der Muttersache auf-

[1]) So auch Emmerich, S. 209—211. Wunderlich, S. 34.
[2]) Emmerich, S. 209.
[3]) Emmerich, S. 210, Wurzer in Recht 1911, S. 828—830.

gefaßt.[1]) Irrig ist es daher, wenn das AG. Lahr[2]) meint, daß sich das Pfändungspfandrecht nicht ohne weiteres auf das von einer Kuh nach der Pfändung geworfene Kalb erstreckt. – Weil es an der durch § 808 ZPO. erforderten Ersichtlichmachung durch Pfandmarken fehle.

Die mittelbaren Früchte (fructus civiles), die die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt, scheiden ebenso wie beim Faustpfandrecht des BGB. aus dem Pfandkonnex aus.[3])

Somit ergibt sich als einziger Anspruch neben dem auf Herausgabe des Pfandobjektes der Anspruch auf Herausgabe der Erzeugnisse, ohne Rücksicht darauf, ob die Sache ohne die Erzeugnisse schon die Forderung des Gläubigers genügend sichert oder nicht.

Hat der Herausgabepflichtige selbst auf Grund eines nachstehenden bürgerlich-rechtlichen Pfandrechts das Nutzungsrecht oder ist er Nießbraucher, der dem Kläger nachsteht, so erwirbt er seinerseits an den Früchten das Eigentum, aber da die Erzeugnisse dem Pfändungspfandgläubiger haften, so hat dieser ein Pfandrecht an den Früchten, soweit sie Erzeugnisse sind, d. h. da der Pfandgläubiger dem Eigentümer gegenüber stets besitzberechtigt ist, er kann deren Herausgabe verlangen. Im Effekt also kann der Kläger stets neben der Sache selbst die Erzeugnisse derselben herausverlangen.[4])

2. Die Schadensersatzansprüche.

aa) Die Höhe des Anspruchs.

Der beklagte Besitzer haftet dem Eigentümer für den ihm entstandenen Schaden nach Maßgabe der §§ 989, 990, 991, Abs. 2, 992 BGB. Auf das Faustpfandrecht sind diese Bestimmungen nur mit der Abweichung übertragbar, daß der Pfandgläubiger, weil er nur ein Pfandinteresse hat, nur bis zur Höhe der Forderungssumme Ersatz verlangen kann, während ihm der volle Schaden nur ausnahmsweise zu ersetzen ist. Deckt das Pfandobjekt trotz des eingetretenen Schadens die Forderung, so hat der Pfandgläubiger keinen Schadensersatzanspruch. Ausnahmsweise kann aber der Pfandgläubiger unbeschränkten Schadenersatz in derselben Höhe wie der Eigentümer verlangen, wenn er nämlich seinerseits dem letzteren ersatzpflichtig ist, und zwar ist dies der Fall nach §§ 1214, 1215 und 1223 BGB.[5])

---

[1]) Dernburg, § 110, II. S. 372, § 267, 9, S. 909 f. Planck, B. 3, § 1212. 1, S. 664.

[2]) Entsch. d. AG. Lahr in D. Ger. Voll. Z. 07, S. 148.

[3]) Emmerich, S. 210.

[4]) Vergl. auch Emmerich, S. 207 f., Windscheid, § 226 a. I. 4, S. 1144.

[5]) Buhl, § 20, III. 1, S. 118, Neumann, § 1227, II. 2, S. 661, Püschel, S. 55—57, Schultz, S. 43—45, Windscheid, § 235, I. 4, S. 1193 f. a. A. Biermann, § 1227, 1 b, S. 268, Planck, § 1227, 2 b, S. 676.

Beim Pfändungspfandrecht tritt dieser Ausnahmefall nie ein, wie wir im folgenden sehen werden; vielmehr kann der Gläubiger hier nur Ersatz bis zur Höhe seiner Forderung verlangen.

α) Daß das Pfändungspfandrecht in Form eines Nutzungspfandrechts (§ 1213 BGB.) unmöglich ist, sahen wir oben S. 18 deshalb kann den Pfandgläubiger auch nicht die Haftung des § 1214 Abs. 1 BGB. treffen.

β) Nach § 1215 BGB. ist der Pfandgläubiger zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet. Häufig wird er nun dem Verpfänder für mangelhafte Verwahrung des Faustpfandes haften müssen, in den Fällen, wo er von einem dritten Besitzer Schadenersatz verlangt. Im Gegensatz hierzu fällt beim Pfändungspfandrecht jede Verwahrungspflicht weg.[1])

Die Durchführung des Verfahrens vom Pfändungsakt bis zur Ablieferung der Hyperocha ist in der ZPO. dem Gerichtsvollzieher überlassen. So hat er, wie wir bereits sahen, für die ordnungsmäßige Bewirtschaftung der Sache zu sorgen und ganz selbstverständlich auch für die Verwahrung: Das geht auch aus § 808 ZPO. hervor. Für Verletzungen dieser seiner Pflicht ist der Gerichtsvollzieher und nicht der Gläubiger verantwortlich.[2])

γ) Der Faustpfandgläubiger des BGB. hat nach dem Erlöschen des Pfandrechts die Hyperocha herauszugeben. (§ 1223 BGB.) und für Erfüllung dieser Pflicht nach allgemeinen Regeln zu haften. Wir sahen sub. β, daß beim Pfändungspfandrecht die Rückerstattung der Hyperocha zu den Pflichten des Gerichtsvollziehers gehört; ebenso wie er verantwortlich ist dafür, daß nicht versehentlich zu viel Pfandsachen verkauft werden[3]), und nicht etwa der Gläubiger, hat auch er und nicht der Pfandgläubiger für Restitution der Hyperocha aufzukommen.

Da der Gläubiger hiernach keinenfalls dem Schuldner haftet, steht ihm auch gegen dritte Besitzer ein Schadenersatzanspruch zu nur bis zur Höhe seiner Forderung, nicht aber in der Höhe des Eigentümerinteresses.

Wie Biermann[4]) richtig bemerkt, muß sich der klagende Faustpfandgläubiger den (scil. in Geld) erstatteten Schaden auf seine Forderung anrechnen lassen. Dasselbe muß auch für das Pfändungspfandrecht gelten: Da der Schaden nicht nur den Gläubiger, sondern auch stets den Eigentümer trifft, würde bei Nichtanrechnung der letztere einen unter Umständen beträchtlichen Ausfall erleiden, während der Gläubiger durch den

[1]) Emmerich, S. 218, 193 f. Staudinger, § 1215, 8, KG. in OLG. Bd. 9, S. 120.

[2]) Emmerich, S. 194, 320 f. Freund, S. 34, Anm. 4, a. A. Lüdicke, S. 46, 20 f.

[3]) RGZ., Bd. 51, S. 186.

[4]) Biermann, § 1227, 1 b, S. 268.

Empfang des Schadenersatzes, der auf die Forderung nicht angerechnet wird, ungerechtfertigt bereichert werden würde.

bb) Die Rechtsverhältnisse am geleisteten Schadenersatz.

Wird nach Maßgabe von § 249 BGB. der Zustand wieder hergestellt, „der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre", so tritt eine Aenderung nicht ein. Das Pfändungspfandrecht besteht an dem wiederhergestellten resp. einem andern dafür geleisteten Objekt fort. Anders, wenn Geldersatz geleistet wird. In diesem Fall besteht, wenn die Pfandreife noch nicht eingetreten ist, ein Pfandrecht an den geleisteten Geldstücken; ist die Reife schon eingetreten, geht das Geld sofort in das Eigentum des Pfandgläubigers über.[1])

Beim Pfändungspfandrecht scheidet natürlich die Möglichkeit, daß die Pfandreife noch nicht eingetreten ist, aus. Die Rechtsverhältnisse an dem als Schadenersatz geleisteten Geld gestalten sich darum so, daß dasselbe dem klagenden Gläubiger direkt abgeliefert und mit der Uebergabe auch zugleich sein Eigentum wird. Die oben (S. 1 und 16) besprochene Streitfrage, ob an Geld bis zur Ablieferung durch den Gerichtsvollzieher erst ein Pfandrecht entsteht oder ob der Gläubiger schon mit Wegnahme seitens des Gerichtsvollziehers Eigentum am Geld erwirbt, ist für die Beantwortung der Frage nicht von Einfluß. Ein Besitz des Gerichtsvollziehers kommt hier ja auch garnicht in Frage, da der Schadenersatz unmittelbar an den Gläubiger abgeliefert wird. Unzweckmäßig wäre es, daß der Schuldner den Schadenersatz zunächst an den Gerichtsvollzieher zahlte und daß dieser ihn dann an den Gläubiger ablieferte. Wenn hingegen der Schadenersatz, den der Besitzer nach rechtskräftiger Verurteilung für die nichtbewirkte Herausgabe der Sache leistet, zunächst dem Gerichtsvollzieher übergeben wird, hat das seine guten Gründe (cf. darüber oben S. 14 f.) Das Pfand selbst und die Nutzungen hat der verurteilte Besitzer natürlich ebenfalls an den Gerichtsvollzieher herauszugeben.

III. Die Verteidigung des Beklagten.

Die Verteidigung des beklagten Besitzers gestaltet sich folgendermaßen:

Hat der Gläubiger eine Sache, die sich im Besitz des Schuldners oder eines dritten herausgabebereiten Besitzers befindet, durch Siegelanlegung pfänden lassen (über die Möglichkeit einer Pfändung des Herausgabeanspruchs vgl. Weigelin,[2]) und weigert sich später der, bei dem gepfändet ist, die Sache herauszugeben, so geht der Gerichtsvollzieher ohne weiteres mit Gewalt und Zwang vor (cf. oben S. 4 f.). Will der Schuldner oder Dritte

[1]) Vergl. hierzu die Ausführungen Püschels. S. 59—63.
[2]) Weigelin, S. 27 f.

nach materiellem Recht ihm zustehende Einwände geltend machen, ist er auf die in der Prozeßordnung vorgeschriebenen Formen der §§ 766, 771, 775 ZPO. angewiesen.

Was nun den Fall anlangt, daß sich die Pfandsache im Besitz anderer als der im vorigen erwähnten Personen befindet, d. h. also Dritter, die nicht herausgeben wollen, so ist hier zu unterscheiden:

α) Die Sache befindet sich, ehe sie überhaupt rechtsgültig gepfändet worden ist, im Besitz eines nicht herausgabewilligen Dritten. Hier kann der Gerichtsvollzieher nicht nach §§ 808 f. ZPO. pfänden,[1]) es sei denn, daß der Dritte zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist — z. B. im Falle des § 737 Abs. 1 ZPO. —, sondern der Gläubiger muß den Herausgabeanspruch gemäß §§ 847, 846 mit 829 und 835 ZPO. pfänden und sich überweisen lassen und die dem Schuldner zustehenden Klage auf Herausgabe erheben oder sich zedieren lassen.[2])

β) Die Sache gelangt nach gültig erfolgter Pfändung aus dem Gewahrsam des Gläubigers, Schuldner, Gerichtsvollziehers oder eines herausgabebereiten Dritten in den Besitz einer anderen Person. In diesem Falle versagt die Macht des Gerichtsvollziehers; er würde sich verbotener Eigenmacht schuldig machen, wollte er etwa mit Gewalt gegen einen solchen Dritten vorgehen. Der Gläubiger muß daher klagen und zwar aus § 1227 BGB. Aber wenn der dritte Besitzer zur Zeit der Pfändung seine Herausgabebereitschaft erklärt hat, kann der Gerichtsvollzieher mit Gewalt vorgehen, auch wenn er jetzt nachträglich seine Einwilligung in die Pfändung widerruft.

Befindet sich der Gläubiger in der Rolle eines Klägers aus § 1227 BGB., so ist er allen Einwänden des Beklagten, der sich hier in der besseren, der Verteidigungsstellung, befindet, ausgesetzt. Diese Verteidigungsstellung geht ihm auch dadurch nicht verloren, daß der Gerichtsvollzieher trotz seines Widerspruchs die Sache gepfändet hat, denn in diesem Fall ist die Pfändung unwirksam[3]) und die Unwirksamkeit kann durch Einwendung nach § 766 ZPO. geltend gemacht werden, vielleicht auch durch Geltendmachung der Besitzschutzmittel, besonders des § 861 BGB.[4]) Er erhält also seinen Besitz wieder, befindet sich mithin nun in der früheren Defensivstellung.

Gegen die Klage des Gläubigers aus § 804 ZPO. verb. mit § 1227 BGB. stehen dem Besitzer alle Verteidigungsmittel des

[1]) cf. Pr. Gesch. Anw. f. Ger. Voll., § 63, Nr. 2.

[2]) Petersen-Anger, § 847, 3—4, S. 511. Struckmann-Koch, § 847, 2, S. 253. Weismann, § 155, S. 150, RGZ., Bd. 25, S. 187, OLG. Karlsruhe in Seuff. A., Bd. 40, S. 471—473.

[3]) Müller, S. 159 f., RGZ., Bd. 14, S. 363., RGSt., Bd. 25, S. 108, RG. in Gruchots Beitr., Bd. 44, S. 186.

[4]) Müller, S. 161, OLG. Hamburg in OLG., Bd. 3, S. 10 f. a. A. Emmerich, S. 175. Gaupp-Stein, § 771, VII S 475.

materiellen Rechts zu, ohne daß er sie in formeller Weise zur Geltung zu bringen braucht, wie dies Emmerich und andere[1]) annehmen. Einwendungen (§ 766 ZPO.), Widerspruchsklage (§ 771 ZPO.), Bewirkung der Einstellung der Zwangsvollstreckung (§ 775 ZPO.) usw. sind nur auf den Fall gemünzt, daß der Gläubiger sich in der Defensive befindet, nicht wie bei der Klage gegen den Besitzer in der Offensive.

Der Besitzer kann also zunächst den Anspruch bestreiten: das er tut, wenn er behauptet, daß das Pfändungspfandrecht des Klägers erloschen sei, z. B. weil er in gutem Glauben auf die Pfandfreiheit des Gegenstandes diesen erworben habe (ausgeschlossen ist der gutgläubige Erwerb bei gestohlenen, verloren gegangenen und sonst wie abhanden gekommenen Sachen, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpaipere handelt) §§ 936 mit 932, 1007 BGB., 366 f. HGB.[2]) Ist dem gutgläubigen Erwerber die Sache unter Eigentumsvorbehalt übergeben, so kann er sich nicht darauf berufen, da das Pfändungspfandrecht besteht und zwar an dem Eigentum seines Rechtsvorgängers.[3])

Weiter kann der Beklagte geltend machen, die Pfändung sei von Anfang an (prozessualisch) unzulässig gewesen, weil es an einer wesentlichen Voraussetzung, z. B. Titelausfertigung gefehlt habe oder sie sei nachträglich unzulässig geworden, etwa weil das für vollstreckbar erklärte Urteil aufgehoben ist, oder sie sei materiell unberechtigt.

Aus der Forderung lassen sich aber keine Einwände herleiten, weil das Pfändungspfandrecht abhängig ist, nicht vom Bestehen eines Forderungsrechts, sondern vom Bestehen eines wirklichen Vollstreckungstitels;[4]) zulässig ist dagegen der Einwand, daß der Gläubiger befriedigt ist oder Stundung bewilligt hat (§ 75 Nr. 4 und 5 ZPO.) und, wofern dem Schuldner nachgelassen ist, den geschuldeten Betrag zu hinterlegen oder Sicherheit zu leisten, daß dies geschehen ist (§ 775 Nr. 3 ZPO.).

Ebenso wie der Anspruch des Faustpfandgläubigers bei Beeinträchtigung seiner Rechte unterliegt auch der des Pfändungspfandgläubigers der 30jährigen Verjährung (§ 195 BGB. verbunden mit § 194 BGB.). Daß die Vornahme einer Vollstreckungshandlung die Verjährung unterbricht (§ 209 Abs. 2 Z. 5 BGB.) schließt natürlich nicht aus, daß einzelne dem Vollstreckungsrecht entspringende Ansprüche ihrerseits der Verjährung unterliegen.

---

[1]) Emmerich, S. 528 und die daselbst zitierte Literatur.

[2]) Glasenapp in Gruchots Beitr., Bd. 24, S. 259 ff., RGZ., Bd. 35, S. 333.

[3]) Petersen-Anger, § 804, 1, S. 434.

[4]) Bunsen in Arch. Bürg. R., Bd. 29, S. 28 f. Pagenstecher in Gruchots Beitr., Bd. 50, S. 274—300. Schmidt, § 145, II. S. 934. Weismann, S. 122, a. A. z. B. Seuffert, Bd. 2. § 804, 3a. S. 490, 804, 7e, 804, 8, S. 493, OLG. Karlsruhe in OLG., Bd. 15, S. 393 ff.

Einige besonders wichtige Einwände mögen im folgenden ausführlicher besprochen werden:

a. Die Verwendungsansprüche.

1. Der Anspruch und Umfang desselben.

Die Möglichkeit der Geltendmachung von Verwendungsansprüchen gegenüber der Klage des Pfändungspfandgläubigers wird bestritten von Emmerich,[1]) weil aus §§ 788, 803 Abs. 1 und 818 ZPO. hervorgehe, daß das Pfändungspfandrecht außer der Vollstreckungsforderung nur die Kosten der Vollstrekung decke. Diese diene nur der raschen Befriedigung, nicht der Sicherung. Verwendungen könnten daher nur berücksichtigt werden, soweit sie zu den Kosten der Vollstreckung zu rechnen seien. Zu einer analogen Anwendung von § 1216 BGB. aber fehle mangels Pfandvertrages jeder Anlaß.

Hierzu sei bemerkt: Daß ein Pfandvertrag nicht nötig ist, ergibt der Umstand, daß auch beim gesetzlichen Pfandrecht der Gläubiger dem Besitzer die Verwendungen zu ersetzen hat, wie Emmerich selbst zugibt (§§ 1227, 986 Abs. 1, S. 1, 1000, 994 ff. BGB.). Der Grund der Ersatzpflicht liegt nicht im Vertrag, sondern im Rechtsverhältnis des Gläubigers zur Sache. Nicht zu bestreiten ist, daß das Pfandobjekt nach der ZPO. nur für die Vollstreckungskosten haftet. Aber es ist ja garnicht nötig, daß es auch für die Verwendungen haftet, die der Pfandgläubiger einem Dritten zu ersetzen hat! Der Vertragspfandgläubiger haftet dem Besitzer für alle Verwendungen, die ihm zugute kommen, ohne Rücksicht darauf, ob der Eigentümer ihm regreßpflichtig ist oder nicht. Die Regreßpflicht des letzteren regelt sich vielmehr nach den Vorschriften über auftraglose Geschäftsführung, die Verwendungen müssen also im Interesse des Eigentümers gelegen sein, damit er, wie auch das Pfandobjekt haften soll, nicht aber im Interesse des Pfandgläubigers. Genau wie hiernach das Pfand nicht für die Forderung des Besitzers gegen den Pfandgläubiger haftet (argumentum. § 1210 Abs. 2 BGBG.), ist auch der Umstand, daß das Pfändungspfandrecht nur für die Kosten der Zwangsvollstreckung haftet, kein Beweis dafür, daß der Pfandgläubiger dem Besitzer nicht für Verwendungen ersatzpflichtig ist.

Die Folgen davon, daß der Pfändungspfandgläubiger nicht für Verwendungen Dritter zu haften hätte, wären auch unbillig. Macht z. B. ein gutgläubiger Besitzer Verwendungen, die dem betreibenden Gläubiger zugute kommen, so könnte es sich gleichwohl nicht an ihn halten. Vom Eigentümer, der allein ersatzpflichtig ist, wird er aber sehr oft nichts bekommen können, weil dieser mittellos ist; bilden doch die Pfändungen bei bemittelten Leuten die Ausnahme. Der Erfolg wäre also der,

[1]) Emmerich, S. 213.

daß der Pfändungspfandgläubiger eine sicherere Forderung erhält und vielleicht bei der Realisierung des Pfandrechts einen sonst eingetretenen Ausfall nicht erleidet, während der Dritte das Nachsehen hat.

Einen Verwendungsanspruch hat jeder, gegen den die Klage aus § 1227 BGB. verb. mit § 804 ZPO. geht, nicht aber der Schuldner, wenn dieser auf irgend eine Weise Besitzer geworden ist. Auch die Literatur ist dieser Ansicht, ist sich aber über die Gründe dafür, daß Eigentümer und Verpfänder (beim Vertragspfandrecht) keinen Anspruch haben, nicht einig. Der von Biermann und Kober[1]) angeführte Grund, daß der Pfandgläubiger ihm gegenüber zu Verwendungen nicht verpflichtet ist, ist wie Schultz[2]) dargelegt hat, nicht stichhaltig. Nach anderen[3]) liegt der Grund darin, daß der Pfandgläubiger nach § 1216 verb. mit § 683 BGB. für die Verwendungen und die gleich zu behandelnden Verwendungsersatzleistungen vom Verpfänder Ersatz beanspruchen könne. Da nun die vom Verpfänder gemachten Verwendungen stets seinem eigenen Willen entsprächen, könne der Gläubiger stets Zurückerstattung des geleisteten Ersatzes verlangen. Nach dem Satze: „dolo petit, qui petit, quo redditurus est" sei aber in diesem Falle ein Verwendungsanspruch des Verpfänders ausgeschlossen.

Zwar leidet auch diese Argumentation an einem Fehler: Es ist nämlich übersehen, daß etwas, was mit dem Willen jemandes geschieht, nicht unbedingt auch in seinem Interesse zu liegen braucht; allerdings wird der Fall, daß etwas, was im Interesse des Pfandgläubigers liegt, nicht zugleich im Interesse des Eigentümers liegt, nur selten vorkommen. Sollte aber doch einmal der seltene Fall vorliegen, so kann dem Schuldner gleichwohl kein Anspruch zuerkannt werden, da ein solcher gegen das oben S. 3 erwähnte Prinzip verstoßen würde, wonach durch Pfändung die Sache jeder Handlung des Schuldners entzogen wird, die die Befriedigung des Gläubigers beeinträchtigt.[4])

Ob der Besitzer die Verwendungen selbst gemacht hat oder sein Besitzvorgänger, ist ebenso wie bei dem Verwendungsanspruch gegenüber der Vertragspfandklage belanglos. Auch ist ohne Bedeutung, ob der Pfandgläubiger zu der Zeit, wo die Verwendungen gemacht wurden, schon Pfandgläubiger war (§ 999 BGB.).

Die Höhe der Verwendungsersatzansprüche bestimmt sich nach §§ 994 bis 998 BGB. Der unredliche Besitzer und nach

---

[1]) Biermann, § 1227, 1 c, S. 268. Staudinger, § 1227, 1 c β, S. 1034.
[2]) Schultz, S. 59, Anm. 4.
[3]) Püschel, S. 63 ff. Schultz, S. 56 ff. Windscheid, § 235, 6 b, S. 1194.
[4]) Aehnlich Staudinger, § 1227, 1 c, γ, S. 1034. Windscheid, § 235, I. 6 f., S. 1195 f.

Rechtshängigkeit jeder Besitzer können nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag für die notwendigen Verwendungen Ersatz verlangen. Der redliche Besitzer kann nach § 994 Abs. 1 BGB. für notwendige Verwendungen unbedingt Ersatz verlangen, nach § 996 BGB. für andere als notwendige nur, wenn der Wert der Sache zur Zeit der Uebergabe noch erhöht ist (so bei der rei vindicatio). Unter Berücksichtigung des Umstandes, daß der Pfandgläubiger nur ein Pfandinteresse hat, kommt also im letzten Falle nur eine Erhöhung des Verkaufswertes in Frage und zwar auch nur dann, wenn der Wert der Sache vor der erfolgten Verwendung nicht der Forderungssumme plus gesetzliche Erweiterungen (§ 1210 BGB.) gleichkam.[1])

Trotzdem diese strikte durchgeführte analoge Anwendung der Vorschriften über Verwendungsansprüche gegenüber der rei vindicatio etwas für sich hat, kann u. E. doch bei der Klage des Pfandgläubigers wie auch des Pfändungspfandgläubigers ein Unterschied zwischen notwendigen und anderen Verwendungen nicht gemacht werden. In beiden Fällen ist u. E. der Pfandgläubiger nur haftbar zu machen, wenn er persönlich bereichert ist, also hat er auch für notwendige Verwendungen nicht unbedingt aufzukommen.

Welche Verwendungen „notwendig" sind, ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Man definierte daher früher im Anschluß an die Pandekten (l 79 pr. D. de V. S. 50, 16). Als notwendig die Verwendungen, die zur Erhaltung der Sache unentbehrlich sind,[2]) d. h. nach Planck[3]) diejenigen, ohne die die Sache untergehen oder verschlechtert werden würde. Es möchte zwar auf den ersten Blick scheinen, als ob es unbillig wäre, daß der Pfandgläubiger für diese Verwendungen nicht unbedingt haften muß, denn wie Püschel[4]) meint, liegen diese Verwendungen stets im Interesse des Pfandgläubigers. Das ist aber irrig, wie folgendes Beispiel zeigt: Dem A ist ein Tier mit wertvollem Pelz verpfändet, das Tier gerät in den Besitz des B, der es eine Zeit lang füttert. Zweifellos gehören die Futterkosten zu den notwendigen Verwendungen im obigen Sinne. Wenn das Tier krepiert und das Fell die pfandgesicherte Forderung des A samt den gesetzlichen Erweiterungen deckt, liegt ganz offenbar die Fütterung nicht im Interesse des A.

Noch deutlicher wird das, wenn wir uns der heute allgemein anerkannten Begriffsbestimmung von Petrazyckis[5]) an-

[1]) Crome, § 499, « 2, S. 845. Emmerich, S. 213. Püschel, S. 63 ff. Schultz, S. 56 ff. Staudinger, § 1227, 1 c« S. 1034. Windscheid § 233 I 6 a S. 1194.

[2]) Dernburg Pandekten § 227, N. 6 S. 540.

[3]) Planck § 994, 1 S. 317.

[4]) Püschel S. 72.

[5]) Petrazycki S. 297.

schließen, wonach das Kriterium der Notwendigkeit die ordnungsmäßige Wirtschaft ist. Alles, was der Eigentümer zur Erhaltung einer Sache in wirtschaftlichem Zustand aufwendet (hierher auch die „gewöhnlichen Erhaltungskosten" des § 994 Abs. 1 BGB.) ist notwendig. Diese Definition geht also nicht von einem objektiven Gesichtspunkte, sondern subjektiv vom Eigentümer aus; nicht darauf kommt es nach Petrazyckis Untersuchungen[1]) an, welche Verwendungen auf das einzelne Objekt als solches zu seiner notdürftigen Erhaltung gemacht worden wären, sondern welche Verwendungen der Eigentümer im Rahmen seiner ganzen ordnungsmäßig geführten Wirtschaft auf die Sache gemacht hätte. Soll nun der Pfandgläubiger ebenfalls für diese Verwendungen haften? Die Folge davon wäre, daß er sehr oft aufzukommen hätte für Verwendungen im Rahmen einer Wirtschaft, die ihm garnicht erlaubt ist, da er die gepfändete Sache mangels besonderer Abmachungen nur, wenn ihm das Nutzungsrecht zusteht (§ 1213 BGB.). Beispiel: In einem landwirtschaftlichen Betriebe pflegen die Gerätschaften jedes Frühjahr neu angestrichen zu werden, ohne daß der Anstrich etwa zur Erhaltung der Sachen notwendig wäre. Sind nun einige dieser Geräte gepfändet worden und geraten in die Hände eines Malers, der sie vielleicht aus langer Weile anstreicht, so hätte ihm der Verpfändungsgläubiger die Verwendungen als „notwendig" unbedingt zu ersetzen. Wollte man das annehmen, so verstieße man aber gegen den Satz, daß der Pfandgläubiger kein Nutzungsinteresse, sondern ein Sicherungsinteresse hat.

2. Das Wegnahmerecht.

Das jus tollendi des § 997 BGB. steht dem Besitzer hier gerade so zu, wie bei der Klage des Vertragspfandgläubigers.

3. Das Mittel der Geltendmachung.

Auch betreffs dieses Punktes bestehen beim Pfändungspfandrecht keine Unterschiede. Der Verwendungsersatzberechtigte hat nach § 1000 und § 273 Abs. 2 BGB. [die Ansicht Riegers,[2]) daß dieser Paragraph nur bei obligatorischen Ansprüchen Platz greift, ist durch Schlegelberger[3]) widerlegt], ein Zurückbehaltungsrecht;[3]) [hat er die Sache herausgegeben, so stehen ihm die §§ 1001—1003 zur Seite]. Stets ist aber darauf zu achten, daß dem Retentionsrecht des § 1000 BGB. ein Anspruch des Berechtigten gegen denjenigen Pfändungspfandgläubiger zugrunde liegen muß, der auf Herausgabe klagt, nicht aber etwa gegen einen anderen Pfandgläubiger oder den Eigentümer.

---

[1]) Petrazycki S. 150—167, 291—323.
[2]) Rieger S. 17 u. 38 ff.
[3]) Schlegelberger S. 98. Püschel S. 75 f. Schultz S. 63. Windscheid § 235 I 6 g S. 1196. Emmerich S. 27.

b. Die Einrede des Besitzrechts.

„Der Besitzer kann die Herausgabe verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber zum Besitz berechtigt ist", so lautet § 986 Abs. 1 S. 1 BGB. in analoger Anwendung. Ist der mittelbare Besitzer zwar berechtigt, aber zur Besitzüberlassung nicht befugt, so greift die Herausgabemodifikation von § 986 Abs. 1 S. 2 BGB. ein.[1] § 986 Abs. 1 S. 2 BGB. findet aber, das mag noch einmal ausdrücklich hergehoben werden, nie in dem Falle Anwendung, daß der Schuldner oder Dritte Gewahrsamsinhaber den Besitz unbefugt übertragen hat, da diese Gewahrsamsinhaber zum Besitz kein Recht, sondern nur eine Pflicht haben (vergl. oben S. 13).

Zum Besitz berechtigt ist gegenüber dem Pfandgläubiger jeder, der von ihm selbst ein Recht zum Besitz ableitet, sei es ein dingliches oder obligatorisches. Von letzterem kommt hauptsächlich das Zurückbehaltungsrecht (§ 1000, § 373 BGB.) in Betracht, weiter aber auch z. B. ein Verwahrungs-, Leih- oder Mietsvertrag. Die Möglichkeit zum Abschluß derartiger Verträge hat der Gläubiger beispielsweise, wenn sich die gepfändete Sache gemäß § 809 ZPO. in seinem Besitz befindet. Handelt er auch in solchem Falle nicht gerade in seinem Interesse, so ist doch kein Anlaß vorhanden, an der Gültigkeit derartiger Verträge zu zweifeln. Auch dingliche Rechte kann der Pfandgläubiger an seinem Pfandrechte bestellen, ein Pfandrecht oder einen Nießbrauch. Die Bestellung beider Rechte erfolgt nach den Regeln der Uebertragung der Rechte. Zur Uebertragung des Pfändungspfandrechts ist nötig, außer der Uebertragung der Forderung (§ 1250 Abs. 1 BGB.), auf Grund deren der neue Pfandgläubiger die Herausgabe des Pfandes verlangen kann (§ 1251 Abs. 1 BGB.), daß der Erwerber eine vollstreckbare Ausfertigung erhält, weil die Zwangsvollstreckung nur durchgeführt, das Pfändungspfandrecht nur realisiert werden kann, wenn ein auf den Namen des betreibenden Gläubigers lautender Vollstreckungstitel vorhanden und dem Schuldner zugestellt ist (§ 750 ZPO.). Zum Beweise seiner Rechtsnachfolge wird der Erwerber sehr oft den auf den ursprünglichen Gläubiger lautenden Vollstreckungstitel benötigen, auf dessen Herausgabe er daher ein Recht hat [ZPO. § 727 Abs. 1 a. E.].[2] Ist dem Besitzer etwa ein Afterpfandrecht an der gepfändeten Sache übertragen, aber noch nicht der Vollstreckungstitel übergeben, so kann er zweifellos bereits auf Grund der einfachen Forderungsübertragung die Herausgabe der in seinem Besitz befind-

[1]) vgl. hierzu Planck Bd. 3 § 986 1 b β S. 254.

[2]) Bunsen in Arch. Bürg. R. Bd. 29, S. 30, Jacobi in Busch's Z. Bd. 25 S. 447 ff.

lichen Sachen verweigern, da er ja sonst den Besitz herauszugeben hätte, den Vollstreckungstitel für sich zu erwirken hätte und dann nach § 1251 Abs. 1 BGB. seinerseits wieder Herausgabe des Pfandes verlangen könnte.

Die Herausgabe verweigern kann weiter derjenige, dem an der Sache ein mit Besitzberechtigung verbundenes Recht (Nießbrauch, Pfandrecht) zusteht, das dem Recht des Klägers vorgeht. Irrig ist es, wenn Püschel[1]) meint, daß hier eine unmittelbare Anwendung des § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB. vorliegt, also daß der Besitzer einwendet, er sei dem Eigentümer gegenüber besitzberechtigt. Abgesehen davon, daß diese Annahme im Gesetz keine Stütze findet, würde ja jeder dinglich berechtigte auf Grund seines Rechts die Herausgabe verweigern können, ohne Rücksicht darauf, ob sein Recht vorgeht oder nachsteht.

Für die Fesstellung, wann das Besitzrecht des Beklagten dem des Klägers vorgeht, sind zwei Faktoren von Wichtigkeit: Die Rangordnung und ihre Beziehung zur Besitzrechtsordnung. Hinsichtlich der Rangordnung schreibt § 804 Abs. 2 S. 2 ZPO. vor, daß das Pfändungspfandrecht solchen Pfand- und Vorzugsrechten vorgeht, die für den Fall des Konkurses dem Faustpfand rechtlich nicht gleichgestellt sind. Die den Faustpfandrechten gleichgestellten Rechte aber enthält § 49 KO. Wenn also das Recht, das der Beklagte einwendet, nicht unter § 49 KO. fällt, besteht ein unbedingtes Vorrecht des Pfändungspfandrechts vor ihm, d. h. die Einwendung eines solchen Rechts, mag es auch früher begründet sein, ist erfolglos. Ueber das Rangverhältnis der nach §§ 48, 49 KO. gleichgestellten Rechte enthält § 804 ZPO. keine weiteren Vorschriften; hierfür sind deshalb die Bestimmungen des materiellen Rechts maßgebend. Maßgebend ist bei Konkurrenz mehrerer derartiger Rechte, einerlei, ob es sich um vertragsmäßige, gesetzliche oder Pfändungspfandrechte handelt, das Prioritätsprinzip. Da diese Rechte in beliebiger Anzahl und Reihenfolge zusammentreffen können, ist es nicht richtig, wenn Schmidt[2]) sagt, daß ein Pfändungspfandrecht nur mit früheren bürgerlich-rechtlichen Pfandrechten konkurrieren kann. Eine derartige Beschränkung der ungehinderten Pfandrechtskonkurrenz müßte im Gesetz erwähnt werden und daß ein gesetzliches Verfügungs- oder Veräußerungsverbot für den Eigentümer nicht besteht, sahen wir oben (S. 32). Das Prioritätsprinzip ist eine notwendige Folge des Satzes: „Nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet“[3]) und ist gesetzlich in den §§ 1209 BGB. und 804 ZPO. festgelegt. Der Zusammenhang der Rangordnung mit der Besitzrechtsordnung ergibt sich aus

[1]) Püschel S. 31 f.
[2]) Schmidt § 150 III. S. 972—974.
[3]) BGB.-Motive S. 805. Emmerich S. 73—76.

§ 1232 verb. mit 1227 BGB., § 1257 BGB. und aus allgemeinen Gesichtspunkten für das gesetzliche Pfandrecht, § 804 ZPO. für das Pfändungspfandrecht. § 1232 BGB. bestimmt, daß ein Pfandgläubiger einem Nachstehenden das Pfand zwecks Verkaufs nicht herauszugeben braucht, daß er aber dem Verkauf durch letzteren nicht widersprechen kann, wenn er nicht im Besitz ist und außerdem nicht seinerseits betreibt. Diese Bestimmungen lassen sich unbedenklich auf das Pfändungspfandrecht übertragen. Das einzige Bedenken könnte sich ergeben daraus, daß nach BGB. zum Verkauf die Pfandreife abzuwarten ist (§ 1228 Abs. 2 BGB.), — da sie für die verschiedenen Pfandrechte sehr verschieden sein kann, ist das Prinzip der Wechselbeziehung von Rang- und Besitzrecht in § 1232 Satz 2 BGB. durchbrochen —, daß nach ZPO. dagegen jederzeit verkauft werden kann (§ 816 ZPO.). Auch scheint für ein „Betreiben" des Gläubigers gar kein Raum zu bleiben, wenn z. B. Pr. Gesch. Anw. f. Ger. Voll. § 64 Nr. 1 bestimmt, daß der Gerichtsvollzieher, ohne einen weiteren Antrag des Gläubigers abzuwarten, die Veräußerung der Pfandstücke zu bewirken hat. Allein der Pfandverkauf kann — und das geschieht nicht selten — durch Fristgewährungen lange Zeit hingezögert werden,[1]) und es wäre unbillig, wenn ein bürgerlicher Pfandgläubiger, der im Range nachsteht, sofort verkaufen kann und will, einem vorgehenden Pfändungspfandgläubiger, der vielleicht dem Schuldner eine lange Frist gewährt hat, die Sache herausgeben müßte: das würde dem Zweck des § 1232 BGB. widersprechen. Mithin kann jeder nachstehende Pfandgläubiger die Herausgabe verweigern, wenn er selbst, nicht aber auch der klagende Pfändungspfandgläubiger betreibt.[2]) Als Einwand muß der Kläger weiter gelten lassen, jeden vorher bestellten Nießbrauch und jedes vertragsmäßige und gesetzliche Pfandrecht, das vor der Pfändung bestand, dessen Gläubiger sich aber damals nicht in unmittelbaren oder mittelbaren[3]) der Sache befand (arg. § 805 ZPO.).

Wenn also auch das frühere Pfandrecht etc. durch die Pfändung zu einem Vorrecht am Erlös zusammenschmilzt, so lebt es doch dadurch in vollem Umfang wieder auf, daß der früher Berechtigte nach der Pfändung den Besitz wieder erhält. Die gegenteilige Ansicht wird offenbar von Emmerich und Hein[4]) vertreten, während sich die meisten Kommentare zu dieser Frage nicht äußern. Aber § 805 ZPO. läßt doch nur deshalb die Pfändung zu, weil der andere Berechtigte keinen Besitz

[1]) Wurzer in Recht Bd. 15 S. 828.
[2]) So auch Breuer S. 24 u. Hein S. 8, a. A. Emmerich S. 176 (mit 152), 157.
[3]) RGZ. Bd. 9 S. 427.
[4]) Emmerich S. 280 f, 313 f, 316, 340 f. Hein S. 40 f.

hat, diese Voraussetzung fällt weg, wenn der andere nach erfolgter Verpfändung, aber vor der Verwertung den Besitz erhält. Wenn das Gesetz auch in diesem Falle einen Herausgabeanspruch des Pfändungspfandgläubigers hätte aufstellen wollen, hätte es das besonders erwähnen müssen. Denn § 815 ZPO. ist eine Ausnahmevorschrift: Nur ausnahmsweise wird dem Pfändungspfandrecht eine stärkere Kraft zugelegt als anderen Pfandrechten. Die Regel wäre, daß der vorgehende Berechtigte trotz der Pfändung das Pfand herausverlangen könnte.

Eine Klage eines Pfändungspfandgläubigers gegen einen früheren Pfändungspfandgläubiger ist nur möglich, wenn der vom klagenden Gläubiger beauftragte Gerichtsvollzieher bei der Pfändung das frühere Pfandrecht nicht kannte und deshalb die Pfändung nicht in der von § 826 ZPO. vorgeschriebenen Form der Anschlußpfändung vorgenommen hat, sondern in den Formen der ersten Pfändung.[1]) Vorausgesetzt, daß in diesem Fall überhaupt das zweite Pfändungspfandrecht (also das des Klägers) gültig entstanden ist. Seuffert u. Weismann[2]) verlangen wegen § 826 Abs. 2 ZPO. zur Gültigkeit der zweiten Pfändung Mitteilung an den erstbeauftragten Gerichtsvollzieher —, hat die exceptio rei antea pigneratae hier zur Folge, daß der erste Pfandgläubiger die Herstellung der Gewahrsamsverhältnisse nach Maßgabe der Entscheidungen seines Gerichtsvollziehers verlangen kann und daß der klagende Pfändungspfandgläubiger die Rechte eines Anschlußgläubigers erhält. Der Uebergang des Auftrags auf den Gerichtsvollzieher des ersten Gläubigers erfolgt ohne Formalitäten, sobald dieser von der zweiten, also der durch den klägerischen Gerichtsvollzieher erfolgten Pfändung, hört (§ 827 Abs. 1 S. 1 ZPO.).

So wenig § 1232 S. 1 BGB. bei Konkurrenz von Pfändungspfandrechten Anwendung findet, ist § 1232 S. 2 BGB. anwendbar, vielmehr regelt die ZPO. das Verhältnis des nichtbesitzenden rangälteren Gläubigers zum rangjüngeren in der Weise, daß der erstere jederzeit die Herstellung der Besitzverhältnisse in der eben geschilderten Weise verlangen kann (§ 827 Abs. 1 ZPO.). Der beklagte jüngere Gläubiger kann nicht einwenden er wolle betreiben und Kläger betreibe nicht.

Zu beachten ist bei Konkurrenz von Pfändungspfandrechten, daß das Pfandrecht bei Pfändung des Herausgabeanspruchs nicht schon mit Zustellung des Leistungsverbots an den Drittschuldner (§ 846 ZPO. mit § 829 ZPO.), oder mit Anordnung der Herausgabe an den Gerichtsvollzieher (§ 847 Abs. 1 ZPO.) beginnt, sondern erst mit Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher.[3])

---

[1]) Seuffert Bd. 2 § 826, 2 S. 528 f, RG. in JW. 1900 S. 650.
[2]) Seuffert Bd. 2 § 826, 3 S. 529 f. Weismann S. 131.
[3]) Weigelin S. 37 u. 75 RGZ. Bd. 13 S. 343 u. 25 S. 187.

Durchbrochen ist das Prioritätsprinzip durch §§ 1208 BGB. und 366 f, HGB., wonach derjenige, der ein Faustpfandrecht oder ein gesetzliches Pfandrecht des HGB. erwirbt, den bereits bestehenden vorgeht, soweit er hinsichtlich derselben in gutem Glauben ist. Der gute Glaube nützt aber dem beklagten Faustpfandgläubiger und gesetzlichen Pfandgläubiger des HGB. nichts, wenn die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist (§ 1208 verb. mit § 935 BGB.).

Das Gesetz (§ 1208 BGB., 366 f, HGB.) gibt also ausnahmsweise dem gutgläubigen Pfandgläubiger einen Einwand, der genau denselben Erfolg hat, wie die exceptio rei antea pigneratae. Diese Rechtswohltat besteht nun aber nicht auch für den gesetzlichen Pfandgläubiger und dem Pfändungspfandgläubiger, sondern, wie gesagt, nur für den vertragsmäßigen Pfandgläubiger und den gesetzlichen Pfandgläubiger des HGB. (nach manchen[1]) wegen § 805 ZPO. auch für diese nicht).

Die Unanwendbarkeit des § 1208 BGB. auf das gesetzliche Pfandrecht des BGB. ergibt sich aus folgenden Gründen:

α) Das germanische Hand- — wahre Hand — Prinzip ist nur bei der Verpfändung anwendbar. HGB. § 366 Abs. 3 ist eine Ausnahme, die deshalb besondere Erwähnung bedurfte.

β) Wie auch die Denkschrift zum HGB.[2]) sagt, ist die Bestimmung von § 366 Abs. 3 HGB. keine Bestätigung der Regel, sondern eine Ausnahme.

Darüber, daß § 366 Abs. 3 HGB. aber nicht als unanfechtbarer triftiger Beweis heranzuziehen ist, cf. Neuburger.[3])

γ) Die Fassung von § 1257 BGB.: „ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht", analog dem § 804 Abs. 2 S. 1 ZPO., der von der Anwendung der Regeln über das vertragsmäßig erworbene Pfandrecht auf das Pfändungspfandrecht spricht. Emmerichs Ansicht[4]), daß diese Interpretation nicht zu verwerten ist, können wir nicht beitreten. Weil nämlich nur § 1207 BGB. nicht aber § 1208 BGB. von der Entstehung eines Pfandrechts handelt, muß nach ihm an sich gutgläubiger Rangerwerb möglich sein, gutgläubiger Rechtserwerb nicht: aus diesem paradoxen Resultat gehe die Unverwertbarkeit der Wortinterpretation hervor. Aber auch Sibers Annahme[5]), daß § 1208 BGB. von § 1257 BGB. ausgenommen ist, da er ein „Privileg des Entstehungsgrundes" enthalten, nicht aber der den regulären nicht gutgläubigen Erwerb enthaltende § 1209 BGB., ist inkonsequent. U. E. sind die Regeln über Entstehung des Ranges, die stets

[1]) z. B. Emmerich S. 157, 313 f.
[2]) HGB.—Denkschrift S. 222 f.
[3]) Neuburger S. 74.
[4]) Emmerich S. 90 f.
[5]) Siber S. 41 f.

mit dem Erwerb des Rechts zusammenfällt, von § 1257 BGB. auszunehmen. Der gutgläubige wie bösgläubige Erwerb des Ranges sind notwendige Nebenerscheinungen der Entstehung jedes begrenzten dinglichen Rechts und zu unterscheiden von der nachträglichen, nach herrschender Ansicht[1]) nicht (oder doch nur obligatorisch) möglichen Rangänderung und dem Aufrücken im Rang bei Wegfall eines vorgehenden Rechts, die Folgeerscheinungen des Bestehens eines Ranges sind. Gutgläubiger Erwerb eines gesetzlichen Pfandrechts nach Maßgabe des § 1208 BGB. ist also unmöglich, das Prioritätsprinzip ergibt sich aber auch abgesehen von § 1209 BGB. aus logischen Gründen.

Daß gutgläubiger Rangerwerb eines Pfändungspfandrechts nicht möglich ist, hat seinen Grund darin, daß

α) das Hand- — wahre Hand — Prinzip nur im vertraglichen Verkehr anwendbar ist;

β) § 808 ZPO. schlechthin alle Sachen, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden, dem Pfändungsrecht des Gerichtsvollziehers unterwirft, aber dafür auch allen dritten, deren Rechte durch den Zwangsakt verletzt sind, ohne Rücksicht darauf, ob der Gerichtsvollzieher gut- oder bösgläubig war, das Mittel der Exekutionsintervention (§ 771 ZPO.) gibt;

γ) § 1257 BGB. nur das gesetzliche, nicht auch das Pfändungspfandrecht meint;

δ) § 804 Abs. 3 ZPO. das Rangverhältnis der Pfändungspfandrechte unter einander abschließend regelt und einen gutgläubigen Rangerwerb nicht erwähnt;

ε) nach § 898 ZPO. der gute Glaube im Bereich der Zwangsvollstreckung nur in zwei Fällen anzuwenden ist (§§ 894 und 897 ZPO.), die beide nicht in Frage kommen.

Hierzu vgl. besonders die Entscheidung des OLG. Dresden vom 24. Februar 1902.[2])

Endlich ist noch auf den Fall einzugehen, daß der Beklagte ein ranggleiches Recht einwendet, z. B. wenn eine Sache zugleich mit der Einbringung gemäß § 704 BGB. verb. mit § 701 BGB. gepfändet worden ist. Ist der Beklagte ein bürgerlich-rechtlicher Pfandgläubiger, so kann er die Herausgabe nicht verweigern, wenn er nicht selbst betreiben will oder kann. Betreibt er, so gilt der Satz: „Melior est condicio possidentis". Er kann gerade wie wenn er ein vorgehendes Recht hätte, die

---

[1]) Planck Bd. 3 § 1209, 1 S. 660. a. A. Düringer-Hachenburg Anm. 115 vor § 368 S. 703 cf. auch Emmerich S. 114 f, Anm. 120. Endemann § 12, 3 S. 48.

[2]) OLG Bd. 4 S. 329—332, besonders S. 331 f.

Herausgabe verweigern. Dasselbe muß gelten, wenn er Nießbrauch einwendet; auch der ranggleiche besitzende Nießbraucher kann dem Pfändungspfandgläubiger die Herausgabe verweigern.[1]) Bei Pfändungspfandrechten erfolgt die gleichzeitige Begründung mehrerer Rechte, zwar praktisch sehr oft, weil der Gerichtsvollzieher auch bei nicht gleichzeitigem Ein- (so nach § 70 Nr. 1 Pr. Gesch. Anw. f. Ger. Voll.); da aber nur ein einziger Gerichtsvollzieher in Tätigkeit tritt, liegt für gehen mehrerer Aufträge dieselben gleichzeitig auszuführen hat keinen Pfändungspfandgläubiger Anlaß vor, gegen einen andern im Weg der Klage nach § 804 ZPO. mit § 1227 BGB. vorzugehen.

Es bedarf kaum noch der Erwähnung, daß sich aus § 986 Abs. 2 BGB. gegenüber der Klage des Pfändungspfandgläubigers keine Einwände herleiten lassen, weil ein Pfändungspfandrecht nicht durch Abtretung des mittelbaren Besitzes begründet werden kann.

c. Das Befriedigungsrecht.

§ 1249 BGB. verb. mit § 268 Abs. 2 und 3 BGB. gibt jedem vom Faustpfandgläubiger mit der Herausgabeklage belangten, der durch die Pfandveräußerung ein Recht an der Sache verlieren würde, ein Ablösungsrecht. Ebenso kann natürlich auch der vom Pfändungspfandgläubiger belangte Berechtigte den Kläger wegen seiner Forderung befriedigen und dadurch seinerseits die Forderung erwerben. § 268 BGB. ist auch unmittelbar anwendbar. Im Gegensatz zu § 1249 BGB. gibt er nicht nur jedem Berechtigten, der durch die Zwangsvollstreckung sein Recht, sondern auch jedem Besitzer, der seinen Besitz verlieren würde, ein Befriedigungsrecht. Wenn man der Ansicht ist, daß durch die Pfändung dem früheren Besitzer der Besitz entzogen wird, wird der Fall, daß der Besitzer den Einwand aus § 268 BGB. geltend machen kann, allerdings nur selten praktisch.[2])

Außer dem Besitzer sind wie gesagt ablösungsberechtigt alle, die ein Recht an der Sache haben und dasselbe durch die Zwangsvollstreckung zu verlieren Gefahr laufen. In Betracht kommen als solche Nießbraucher und Pfandgläubiger des bürgerlichen Rechts, also vertragsmäßige und gesetzliche. Hingegen kann dem beklagten Pfändungspfandgläubiger das Befriedigungsrecht nicht zuerkannt werden, weil er ja mit seinem Willen nicht gegen seinen Willen das Recht an der Sache ver-

[1]) so auch für das Faustpfandrecht des BGB. Windscheid § 235 1 10 f, S. 1196. z. T. abweichend Schultz S. 54 f.
[2]) Stolzenberg S. 59—61.

liert, wie denn auch formell die Veräußerung im Auftrag aller Pfändungspfandgläubiger erfolgt (§ 827 Abs. 1 S. 2 ZPO.).[1]) Nur dem nachstehenden Pfändungspfandgläubiger das Befriedigungsrecht zu verweigern, wie Stolzenberg[2]) anscheinend will, ist kein Grund vorhanden. Auch der erstpfändende Gläubiger verliert willentlich sein Recht an der Sache.

Den Pfandgläubigern der zwei anderen Gattungen steht nun aber nicht in jedem Fall das Befriedigungsrecht zu, vielmehr ausnahmsweise nicht, wenn sie dem Recht des klagenden Pfändungspfandgläubigers im Range nachstehen und dieser außerdem nicht betreibt, sowie wenn sie ihm vorgehen (und im Besitz sind). Wie wir oben (S. 30) sahen, kann jeder zur Zeit der Pfändung nicht im Besitz befindliche bürgerlich-rechtliche Pfandgläubiger und jeder Nießbraucher einem nachstehenden Pfändungspfandgläubiger die Herausgabe verweigern, wenn er nachträglich den Besitz bekommt, er läuft also auch nicht Gefahr, sein Recht zu verlieren. Die exceptio rei antea pignoratae ist genau wie der Rechtsbehelf des § 771 ZPO. ein Schutzmittel für diejenigen, die an der gepfändeten Sache berechtigt sind. Ebenso wie allen, die ein die Veräußerung hinderndes Recht haben, das Befriedigungsrecht, versagt ist,[3]) kann auch ein im Range vorgehender Berechtigter, der sich im Besitz befindet, dasselbe nicht geltend machen.

Wenn die Literatur[4]) die Ansicht vertritt, das Befriedigungsrecht genössen alle vor- und nachstehenden bürgerlich-rechtlichen Pfandgläubiger und alle Nießbraucher, außer dem allen Pfandrechten im Range vorgehenden (trotz rechtsmäßiger Veräußerung des Pfandes erlischt ja sein Recht gemäß § 1242 Abs. 2 S. 2 BGB. nicht), so hat das seinen Grund darin, daß nach herrschender Ansicht beim Vorliegen von Pfändungspfandrechten ein Verkaufs- und Herausgabeverweigerungsrecht für bürgerlich-rechtliche Pfandgläubiger wegen § 805 ZPO. ausgeschlossen ist,[5]) demnach auch ein vorgehender Pfandgläubiger den Verlust seines Rechts in keinem Fall verhindern kann, mag er nun besitzen oder nicht. Eine exceptio rei antea pignoratae gegenüber der Klage des Pfändungspfandgläubigers gibt es nach herrschender Ansicht nicht, zur Frage eines vorgehenden Nießbrauchs aber nimmt die Literatur keine Stellung; daher steht der in der Literatur vertretene Satz, daß jeder vorgehende

---

[1]) Emmerich S. 280. Weißbart S. 27.
[2]) Stolzenberg S. 58.
[3]) Stolzenberg S. 41. Weißbart S. 21 f.
[4]) Biermann § 1249 S. 283. Emmerich S. 266. Siber S. 50. Stolzenberg S. 57 f. Weißbart S. 26 f.
[5]) cf. z. B. Emmerich S. 280 Note 638.

Pfandgläubiger das Befriedigungsrecht hat,[1]) nicht im Widerspruch dazu, daß jemand, der sonstwie die Zwangsvollstreckung verhindern kann, das Befriedigungsrecht nicht hat.[2])

Die Ansicht, daß das Befriedigungsrecht nur zulässig ist, wenn die gepfändete Sache dem Vollstreckungsschuldner gehört,[3]) ist von Emmerich[4]) als irrtümlich widerlegt. Also auch, wenn die gepfändete Sache nicht zum schuldnerischen Vermögen gehört, ist das Befriedigungsrecht möglich.

Ausgeübt werden kann das Recht übrigens nicht nur durch Barzahlung, sondern auch durch Aufrechnung, Erfüllung an Zahlungsstatt, Erlaßvertrag nach § 397 BGB. (außer, wenn eine causa donandi zugrunde liegt.[5])

Der beklagte Besitzer kann auch nach Maßgabe des § 267 BGB. erfüllen, aber nicht durch Hinterlegung oder Aufrechnung,[6]) und dann die Herausgabe verweigern.[7]) Hier kann indes der Kläger die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht. Ein Widerspruch ist nicht statthaft, wenn der Schuldner dadurch gegen § 138 BGB. verstößt,[8]) oder wenn der, der Erfüllung anbietet, ein Pfandgläubiger ist, weil durch die Pfändung dem Schuldner Verfügungen über die Sache verboten sind, die dem Schuldner zum Nachteil gereichen.[9]) Das gleiche muß auch gelten, wenn der Beklagte Nießbraucher ist.

d. Der Einwand aus § 777 ZPO.

Die beneficia excussionis personalis und realis des gemeinen Rechts existieren nicht mehr. Aber eine Vorschrift, die an das beneficium excussionis realis anklingt, enthält § 777 ZPO., wonach der Schuldner der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen widersprechen kann, wenn der Gläubiger eine bewegliche Sache desselben im Besitz hat, an der ihm für die Forderung ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht.

Diesen Einwand kann fraglos der mit der Herausgabeklage belangte dritte geltend machen. Zwar ist die Vorschrift des § 777 ZPO. an sich ein Privileg für den Schuldner; auch er kann nicht über den auf § 777 ZPO. gestützten Widerspruch selbständig entscheiden, sondern muß ihn als „Einwendung" gemäß § 766 ZPO. beim Gericht geltend machen. Solange er das nicht getan hat, besteht die Vollstreckung für jeden dritten

[1]) z. B. Stolzenberg S. 57 f.
[2]) z. B. Stolzenberg S. 41.
[3]) Weißbart S. 19 f, Stolzenberg S. 39 f.
[4]) Emmerich S. 280 f.
[5]) Weißbart S. 43 f.
[6]) Staudinger § 267, 5 S. 110.
[7]) Schultz S. 63 f.
[8]) Staudinger § 267, 7 S. 112.
[9]) Emmerich S. 237 Note 497.

zurecht, denn aus der Fassung von § 777 ZPO. ist zu schließen, daß anfechtungsberechtigt nur der Schuldner ist und kein dritter.[1])

Aber die Sachlage ist eine andere, sobald ein dritter auf Herausgabe verklagt wird. In diesem Fall hat der dritte ein wohlbegründetes Interesse daran, mit dem Einwand aus § 777 ZPO. gehört zu werden, wohingegen andernfalls d. h. wenn er nicht besitzt, die Zubilligung des Rechtsmittels der §§ 777 verb. mit 766 ZPO. auch an dritte der Schikane Tür und Tor öffnen würde. Wäre es nicht auch unsinnig, dem Kläger, trotzdem er durch eine verpfändete Sache vielleicht schon mehr als gedeckt ist, auch noch ein Herausgaberecht auf die anderen gepfändeten Sachen zu gewähren? Man kann uns nicht entgegnen, daß das geltende Recht die Tendenz hat, Einwände dritter nicht zuzulassen, die dahin lauten, der Pfandgläubiger sei schon durch die in seinem Besitz befindlichen Sachen genügend gesichert, z. B. durch eines von mehreren Pfändern oder durch die Muttersache ohne die Erzeugnisse: in den anderen Fällen, wo dies Prinzip hervortritt, ist der Einwand auch dem Schuldner nicht gestattet, auch er kann nicht die Erzeugnisse herausverlangen, wenn die Muttersache die pfandgesicherte Forderung deckt, hier aber ist die Pfändung durch den Schuldner anfechtbar, und deshalb muß dem dritten Besitzer der Einwand gerade so zustehen, wie etwa der, der Schuldner habe die ihm nachgelassene Sicherheit geleistet (§ 775 Z. 3 ZPO.).

Im einzelnen sei zu dem Einwand aus § 777 ZPO. bemerkt:

Der Besitz des Gläubigers an der beweglichen Sache des Schuldners (also nicht eines dritten) kann sowohl unmittelbarer, wie auch mittelbarer sein. Insbesondere genügt es, wenn Besitzmittler der Gerichtsvollzieher ist. Auch wenn der Pfandgläubiger nur Mitbesitz hat, steht dem beklagten Besitzer der Einwand des § 777 ZPO. zu. Das Pfandrecht des Vermieters, Verpächters und Gastwirts (§§ 559, 581, 585, 704 BGB.) gehört demnach nur im Fall der Inbesitznahme nach §§ 561, 581, 704 BGB. hierher.[2])

Außer dem Besitz an der schuldnerischen Sache muß dem Gläubiger an ihr ein Zurückbehaltungs- oder ein Pfandrecht zustehen. Da das Gesetz keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Pfandrechten macht, ist anzunehmen, daß nicht nur das vertragsmäßige und gesetzliche Pfandrecht, sondern auch das Pfändungspfandrecht gemeint ist. Wenn also der Schuldner, um die Zwangsvollstreckung abzuwenden, Sicherheit durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren geleistet hat (§ 713

[1]) Müller S. 49 f.
[2]) Gaupp-Stein, § 777 II. S. 482.

Abs. 2 ZPO.) und der Gläubiger nach § 233 BGB. an dem hinterlegten ein Pfandrecht erworben hat, kann der Beklagte hieraus einem Einwand herleiten. Auch wenn der Gläubiger vor der Pfändung z. B. schon eine Arrestpfändung (§ 916 ff. ZPO.) hat vornehmen lassen, wendet der Beklagte mit Erfolg ein, der Gläubiger besäße (als mittelbarer Besitzer durch den Gerichtsvollzieher) eine Sache, an der der Kläger ein (Arrest-) Pfandrecht hat.[1])

Natürlich kann aber der Gläubiger jederzeit auf das Pfand- oder Zurückhaltungsrecht verzichten (§ 1255 BGB.) und dadurch wird dann der Einwand hinfällig.

Zu beachten ist, daß der Einwand eine Einschränkung erfährt, wenn dem Gläubiger ein Pfand- oder Zurückhaltungsrecht an der in seinem Besitz befindlichen Sache auch für eine andere Forderung zusteht. Hier darf der Gläubiger nicht der Gefahr ausgesetzt werden, seine Sicherheit für die andere Forderung zu verlieren[2]) und der Einwand schlägt daher nach § 777 S. 2 ZPO. nur durch, wenn auch die andere Forderung durch den Wert der Sache gedeckt ist.

B. Die Störungsklage.

(§ 1004 BGB.)

„Wird das Recht des Pfändungspfandgläubigers in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Pfandgläubiger von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Pfändungspfandgläubiger auf Unterlassung klagen", so lautet in entsprechender Anwendung § 1004 Abs. 1 BGB. Nicht erforderlich ist zur Aktivlegitimation des Klägers Besitz. Hat er solchen, so wird er wegen der Beweiserleichterung lieber aus § 862 BGB. klagen. Da der Gläubiger Besitzer ist (S 10 f.) ist ihm dies möglich. Ebenso wie auch für den Vertragspfandgläubiger ist § 1004 BGB. für den Pfändungspfandgläubiger nur von geringer Bedeutung. Der Hauptfall einer Störung liegt beim Pfändungspfandrecht vor, wenn die Pfandmarke vom Beklagten, sei es mit oder ohne Schuld, abgelöst wurde,[3]) oder wenn derselbe die Wiedereinbringung verhindert, ohne dem Kläger resp. Gerichtsvollzieher den Besitz vorzuenthalten. Ob man übrigens annimmt, daß durch die Anlegung einer Pfandmarke dem Schuldner der Besitz entzogen wird oder nicht, so ist doch jedenfalls die Beseitigung der Marke allein als solche keine Besitzentziehung, sondern nur eine Störung. § 985 BGB. will eben die Fälle treffen, wo ein sichtbarer Besitzübergang (also ohne Rück-

[1]) Gaupp-Stein § 777 II. S. 482 f.
[2]) ZPO. (Novelle) Motive S. 145.
[3]) RGZ Bd. 35 S. 337.

sicht auf die Siegelung) stattfindet, § 1004 BGB. aber gerade die Fälle, wo eine Störung erfolgt, trotzdem die tatsächlichen Besitzverhältnisse dieselben bleiben.

Das Ziel der Klage ist Beseitigung der Störung, evtl. Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen. Auch ein Schadenersatzanspruch ist nach den allgemeinen Regeln gegeben, also insbesondere auf Grund von §§ 823 und 826 BGB. Da in dem angeführten Beispiel der Ablösung der Marke — culpa oder dolus des Beklagten vorausgesetzt — Naturalrestitution unangebracht ist, weil nur der Gerichtsvollzieher die Siegelung vornehmen kann, hat also der Beklagte für die Neuanbringung Ersatz zu leisten, d. h., die Gerichtsvollziehergebühren zu tragen.

Nach § 1004 Abs. 2 BGB. kann der Pfandgläubiger die Beseitigung oder Unterlassung der Störung nicht verlangen, wenn er auf Grund eines dinglichen oder obligatorischen Rechts zur Duldung verpflichtet ist. Im übrigen vergl. zu § 1004 BGB. die ganz entsprechend anzuwendenden Regeln über die Störungsklage des Vertragspfandgläubigers bei Püschel und Schultz.[1])

C. Der Abholungsanspruch.

(§§ 1005, 962 BGB.)

Aktiv legitimiert ist der Pfändungspfandgläubiger, ohne Rücksicht darauf, ob er besitzt oder nicht. Passiv legitimiert ist der unmittelbare nicht aber der mittelbare Besitzer des Grundstücks, auf das die Pfandsache geraten ist, es sei denn, daß die Sache vorher von jemand — auch dem Grundstücksbesitzer — in Besitz genommen ist. Trotzdem Gierke, Kober und andere[2]) auch den mittelbaren Besitzer für passiv legitimiert halten, ist wohl mit Schultz[3]) u. a. daran festzuhalten, daß auch, wenn der mittelbare Besitzer die Aufsuchung gestattet, noch immer verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer vorliegt. Die von Kober angeführten Gründe, daß vielleicht zufällig nur der Verpächter des Grundstücks anwesend ist, oder daß der unmittelbare Besitzer oft nur deshalb die Gestattung verweigere, weil er befürchtet, sich dadurch dem mittelbaren Besitzer gegenüber verantwortlich zu machen, schlagen nicht durch. Es sind auch nur Zweckmäßigkeitsgründe, deren Zweckmäßigkeit wir außerdem bezweifeln möchten.

Den durch die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache entstehenden Schaden hat der Pfändungspfandgläubiger ohne Rücksicht darauf, ob die Sache mit oder ohne sein Verschulden oder ein Verschulden des Gerichtsvollziehers resp. Gewahrsam-

[1]) Püschel S. 77 f. Schultz S. 67—73.
[2]) Gierke S. 56 Anm. 29. Püschel S. 78. Staudinger § 867, 1 b β S. 56.
[3]) Schultz S. 76.

inhabers auf das Grundstück des Beklagten geraten ist, zu ersetzen. Der Besitzer des Grundstücks kann die Erteilung der Erlaubnis von vorheriger Sicherheitsleistung abhängig machen. Es bestehen keine Bedenken, dem Pfändungspfandgläubiger diese Schadenersatzpficht aufzubürden, denn daß er für die Rechtsverfolgung auch Ausgaben haben kann, ergibt der Umstand, daß er auch Verwendungen zu ersetzen hat. Würde er nicht die Kosten zahlen, so könnte der Grundstücksbesitzer — wie aus § 867 BGB. unzweideutig hervorgeht — die Abholung verweigern. Auch die Einwendungen aus seinem eigenen Besitzrecht kann der Beklagte geltend machen.[1])

Etwas anders gestaltet sich der Anspruch auf Abholung eines gepfändeten Bienenschwarms (§ 962 BGB.). Wenn auch die Literatur, soweit wir sehen, den Anspruch aus § 962 BGB. nicht als dem Pfandgläubiger zustehend erwähnt, so kann doch kein Zweifel darüber bestehen, daß der Pfandgläubiger und also auch der Pfändungspfandgläubiger genau wie der Eigentümer eines Bienenschwarms bei der Verfolgung eines solchen ein fremdes Grundstück betreten dürfen. Nach § 961 BGB. muß die Verfolgung durch den Eigentümer aber unverzüglich aufgenommen werden, da der ausgezogene Schwarm sonst herrenlos wird, ebenso wie in dem Fall, wo der Eigentümer die Verfolgung aufgibt. Man wird, da auch dem Pfandgläubiger der Anspruch auf Abholung eines Bienenschwarms zusteht, annehmen dürfen, daß der Schwarm erst herrenlos wird, wenn nicht Eigentümer, Gewahrsamsinhaber, Gerichtsvollzieher oder Gläubiger unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.) die Verfolgung aufnehmen, oder wenn die berechtigten die Verfolgung aufgegeben haben.

Auch hier ist ein eventueller Schaden zu ersetzen (§ 962 S. 3 BGB.).

D. Die Klage aus früherem Besitz.

I. Der Anspruch.

§ 1007 enthält trotz seiner Stellung unter den Ansprüchen aus dem Eigentum keinen Anspruch aus dem Recht, sondern einen solchen aus früherem Besitz. Wie wir oben (S. 10 f, 14) festgestellt haben, ist der Pfändungspfandgläubiger Besitzer und zwar mittelbarer; deshalb ist ihm die Klage aus § 1007 zuzubilligen.[2])

Hingegen muß der Anspruch aus früherem Besitz von allen, die keinen Besitz des Pfändungspfandgläubigers an der Pfandsache anerkennen oder, da ein solcher Besitz nach den oben

[1]) Schultz S. 77.

[2]) Nessel in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 101. Rosendahl S. 44 f. Schmidt § 146 III. S. 241. Seuffert Bd. 2 § 804, 3 a S. 490. Weismann S. 129 a. A. Kleinfelder S. 638. Wongrowitz S. 44.

(S 8) entwickelten Gedanken nur durch Stellvertretung entstehen kann, von den Vertretern der reinen Amtstheorie konsequenterweise dem Gläubiger verweigert werden. Die Argumentation, daß der Gläubiger schon deshalb, weil er ein Pfandrecht hat, auch die Besitzschutzmittel (wozu im weiteren Sinne auch § 1007 BGB. gehört) genießt, leidet an dem Fehler, daß angenommen wird, bei einem Faustpfandrecht müsse notwendig der Gläubiger Besitz haben (cf. oben S. 7 f.)

Da § 1007 BGB. nur früheren (unmittelbaren oder mittelbaren, Allein- oder Mit-) Besitz auf klägerischer Seite voraussetzt, nicht aber Bestehen eines Rechts (Eigentum, Pfändungspfandrecht), ist die Möglichkeit vorhanden, daß der Gläubiger vor Entstehung des Pfandrechts Besitz an der Pfandsache erwirbt und bei Verlust desselben die Klage aus dem früheren Besitz (vor Entstehung des Pfändungspfandrechts) an der betreffenden beweglichen Sache erheben kann. Bei Pfändung einer Sache (§ 808 f. ZPO.) ist ein solcher Besitz nicht möglich, da der Gläubiger vor dem Pfändungsakt zur Sache in keine Beziehung tritt. Aber auch an den Sachen, die bei Pfändung von Forderungen gemäß § 847 etc. ZPO. herauszugeben sind, erwirbt der Gläubiger erst mit Uebergabe an den Gerichtsvollzieher Besitz. Denn selbst durch Ueberweisung des dem mittelbaren Besitzer zustehenden Herausgabeanspruchs zur Einziehung (§§ 846, 849 ZPO.) geht der Anspruch nicht auf den Gläubiger über und daher wird auch nicht der mittelbare Besitz auf ihn übertragen.[1])

Beklagter ist der augenblickliche Besitzer, nicht der Besitzdiener.

§ 1007 BGB. enthält zwei verschiedene Klagen. Die erste stützt sich auf früheren Besitz des Klägers und bösgläubigen Besitzerwerb des Beklagten. Der Kläger hat in diesem Falle nachzuweisen, daß der Beklagte den Mangel seines Besitzrechts beim Erwerb des Besitzes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte (arg. § 932 Abs. 2 BGB.)[2]) Der Nachweis, daß dem Beklagten beim Besitzerwerb bekannt war, ein anderer habe ein besseres z. B. vorgehendes Recht, genügt, ist aber nicht immer leicht. Wesentlich erleichtert ist der Beweis der Bösgläubigkeit, wenn sich zur Zeit des Besitzerwerbes noch ein Pfandzeichen an der gepfändeten Sache befindet. Hier genügt der Nachweis, daß sich das Pfandzeichen noch an der Sache befand; denn wenn Beklagter die Marke nicht bemerkte, trifft ihn zum mindesten grobe Fahrlässigkeit. Ist die Marke aber so wenig sichtbar angebracht, daß ihn nur leichte Fahrlässigkeit trifft, wenn er sie nicht bemerkt, so war ein Pfän-

[1]) Planck Bd. 3 § 870, 2 S. 61, auch wohl Weigelin S. 67 f.
[2]) Staudinger § 1007, IV A 2 S. 511.

dungspfandrecht gar nicht entstanden,[1]) da die Pfändung ja nach § 808 ZPO. durch Zeichen „sichtbar" zu machen ist — z. B. entsteht durch Siegelung eines Schranks an der Hinterseite oder im Innern kein Pfandrecht — dann hatte also Kläger auch garnicht durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers mittelbaren Besitz; wenn er selbst den Gewahrsam hatte, stand ihm aber auch ohne Rücksicht auf das Pfändungspfandrecht die Klage aus § 1007 BGB. zu.

Die Art des Besitzerwerbs ist übrigens für sich allein noch nicht ein schlüssiger Beweis, vielmehr besteht die Möglichkeit, daß, obgleich der Besitzerwerber bösgläubig war, dieser ein Recht zum Besitz hat. Immerhin ist die Art und Weise des Erwerbs ein nicht zu unterschätzendes Indiz.

Die andere in § 1007 BGB. enthaltene Klage stützt sich auf früheren Besitz und unfreiwilligen Besitzverlust, d. h. darauf, daß die Sache ihm gestohlen, verloren gegangen oder sonstwie abhanden gekommen ist, mit andern Worten gegen seinen Willen aus seiner Gewalt gekommen ist. Hierhin gehört auch der Fall, daß der Gerichtsvollzieher die Sache mit Gewalt weggenommen hat. Eine solche Wegnahme ist außerdem auch stets unerlaubt, da nach § 826 f., ZPO. der Besitz bei mehreren Pfändungen stets dem erstbeauftragten Gerichtsvollzieher zusteht. Der Umstand, daß die Sache nicht aus dem Gewahrsam des Gläubigers selbst, sondern des Schuldners, Gerichtsvollziehers etc. abhanden kommt, hat selbstverständlich nicht zur Folge, daß die Sache als mit dem Willen des Gläubigers abhanden gekommen zu betrachten ist; das beweist zu allem Ueberfluß § 935 Abs. 1 S. 2 BGB. Arg. e contr. ist aus § 935 Abs. S. 2 BGB. zu schließen, daß, wenn der unmittelbare Besitzer (z. B. der Schuldner, in dessen Gewahrsam der gepfändete Gegenstand belassen ist) freiwillig die Sache weggibt, der mittelbare behandelt wird, als ob ihm die Sache nicht abhanden gekommen wäre. Dieser Schluß deckt sich auch mit dem Hand- — wahre Hand-Prinzip, das besagt, das der Eigentümer oder sonstige Berechtigte, der seine Sache jemand anders anvertraut, acht geben mag, daß er sie keinem unwürdigen, unzuverlässigen Besitzer gibt.[2])

Gepfändetes Geld und Inhaberpapiere können nicht mit dieser Klage herausverlangt werden, sondern nur, wenn der Kläger Bösgläubigkeit des Beklagten beweist.

Der Inhalt dieses Anspruchs unterscheidet sich nicht von dem der Klage aus § 985 BGB. Insbesondere kann der Pfändungspfandgläubiger auch Nutzungen und Schadenersatz verlangen (§ 1007 Abs. 3 S. 2 BGB.) und zwar in derselben Höhe

[1]) RGZ. Bd. 51 S. 250 f.

[2]) BGB.-Motive S. 348. Dernburg § 103 II. 2 S. 350. Gierke S. 60 RGZ. Bd. 54 S. 72, a. A. Neumann § 935, 2 a. LG Stendal in Naumb. AK Bd. 1901 S. 20 f.

wie bei der Klage aus § 985 BGB., nicht etwa kann er die Ansprüche eines Eigentümers geltend machen, wie Schultz[1]) will, so daß dem Beklagten der Beweis übrig bliebe, Kläger sei nur Pfandgläubiger und habe deshalb nur die Ansprüche eines solchen.

II. Die Verteidigung des Beklagten.

Beide Klagen aus § 1007 BGB. lassen den Einwand zu, daß Kläger beim Erwerbe seines Besitzes nicht in gutem Glauben gewesen sei. Oft wird sich der Beklagte hierauf wohl nicht berufen können, weil nicht der Gläubiger selbst die Pfändung vornimmt, sondern der Gerichtsvollzieher. Einer der seltenen Fälle, wo der Einwand angebracht ist, ist der, daß der Gläubiger Auftrag gegeben hat, eine bestimmte Sache zu pfänden, obgleich ihm das bessere Recht eines andern an der Pfandsache bekannt ist.

Weiter kann der Beklagte gegen beide Klagen einwandweise, resp. bestreitend geltend machen, daß der Kläger den Besitz aufgegeben habe, d. h., daß sein Besitz mit seinem Willen aufgehoben ist (hierher auch der Fall, daß der unmittelbare Besitzer seinen Besitz freiwillig aufgibt). Mit Gierke, Planck und anderen[2]) nehmen wir an, daß „Abhandenkommen und Aufgeben" alle Fälle des Besitzverlusts umfassen, daß diese beiden Begriffe das contradictorische Gegenteil bilden. Die Auffassung v. Tuhrs und Biermanns,[3]) daß bei Besitzaufgabe durch den unmittelbaren Besitzer dem mittelbaren die Sache zwar nicht abhanden kommt, daß man aber auch nicht behaupten könne, er habe den Besitz aufgegeben, widerspricht, wie Schultz[4]) richtig bemerkt, dem Sinne des Gesetzes, das nur eine verschiedene Beweisregelung geben wollte. Beklagter kann also beispielsweise behaupten, Kläger selbst oder der Gerichtsvollzieher oder auch ein anderer Gewahrsamsinhaber habe sich des Besitzes freiwillig entledigt.

Gegenüber der Klage, die sich auf früheren Besitz und unfreiwilligen Besitzverlust stützt, hat der Beklagte nun noch zwei weitere Einwände, nämlich erstlich kann der gutgläubige Besitzer einwenden, er sei der Eigentümer der Sache und sodann kann er (also nur der gutgläubige Besitzer) geltend machen, ihm wäre die Sache vor der Besitzzeit des Klägers abhanden gekommen (§ 1007 Abs. 2 S. 1 BGB.). Endlich stehen dem Beklagten alle Einwände zu, die er gegen die Klage aus § 985 BGB. hätte (§ 1007 Abs. 3 S. 2 BGB.). Beklagter kann sich also auf sein eigenes besseres Besitzrecht berufen, nicht aber darauf, daß dem Kläger kein Besitzrecht zusteht.[5])

---

[1]) Schultz S. 83.
[2]) Gierke S. 59 f. Planck § 1007 3 b α S. 283. Schultz S. 85.
[3]) v. Tuhr DJZ. 1899 S. 350. Biermann § 1007, 2 S. 126.
[4]) Schultz S. 85 Anm. 2.
[5]) Zum vorigen vgl. auch Schultz S. 79—91.